

Du Rôle des Etablissements de Crédit
dans le
Financement des Marchés de Travaux
et de Fournitures

THÈSE

SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON
POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PAR

Georges DUFFEZ



LYON

BOSC Frères M. & L. RIOU

IMPRIMEURS-ÉDITEURS

42, Quai Gailleton, 42

—
1939

Du Rôle des Etablissements de Crédit
dans le Financement des Marchés de Travaux
et de Fournitures



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Du Rôle des Etablissements de Crédit
dans le
Financement des Marchés de Travaux
et de Fournitures

THÈSE

SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON
POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PAR

Georges DUFFEZ



LYON
BOSC Frères M. & L. RIOU
IMPRIMEURS-ÉDITEURS
42, Quai Gailleton, 42

—
1939

UNIVERSITE DE LYON - FACULTÉ DE DROIT

Doyen honoraire

M. JOSSERAND, O. ✱, ✎ I., Conseiller honoraire à la Cour de Cassation.

Professeurs honoraires

MM. APPLETON (Jean), O. ✱, ✎, ✎ I.
JOSSEBRAND, O. ✱, ✎ I.
LAMEIRE, ✱, ✎ I.
PIC (Paul), O. ✱, ✎ I.
LAMBERT (Edouard), O. ✱, ✎ I.
ANTONELLI (Etienne), ✱, ✎, ✎ I.
PERROUX (François), ✎ A.
BROUILHET (Charles), ✱.
LÉVY (Emmanuel), O. ✱, ✎ I.

Doyen

M. GARRAUD (Pierre), ✱, ✎, ✎ I.

Assesseur

M. ROUBIER, ✎ I.

Professeurs

MM. GONNARD, ✱, ✎, ✎ I., Professeur d'Economie politique.
PERROUD, ✱, ✎, ✎ I., Professeur de Procédure civile.
COHENY (Georges), ✱, ✎ I., Professeur de Droit commercial général
GARRAUD (Pierre), ✱, ✎, ✎ I., Professeur de Droit criminel.
ROUBIER, ✎ I., Professeur de Droit civil.
FALLETTI, ✎ A., Professeur d'Histoire du Droit public et du Droit
privé de Doctorat.
LAMBERT (Jacques), ✎ A., Professeur de Droit Comparé.
DE LAPLANCHE, ✎ A., Professeur d'Histoire du Droit français.
NICOLAS, ✱, ✎, ✎ I., Professeur de Droit administratif.
PHILIP, ✎ A., Professeur d'Histoire des Doctrines économiques.
AULAGNON, ✱, ✎ I., Professeur de Droit civil.
SCHATZ, ✱, ✎ I., Professeur d'Economie Politique
M^{me} BASTID, Professeur de Science financière et Législation française des
Finances.

Professeurs sans chaire

M. BASTID.

Agrégés

MM. RICHARDOT, chargé d'un cours d'Histoire du Droit.
TRÉVOUX, chargé des cours de Législation Industrielle et rurale.
BRUN, chargé d'un cours de Droit Civil.
PELLOUX, chargé du cours d'Etude des Institutions internationales
d'organisation de la paix.

Chargés de cours

MM. CONDOMINE, ✎ I., Droit civil et Droit pénal (Capacité).
LÉVY (Jean), Droit Romain.

MEMBRES DU JURY

MM. NICOLAS, Professeur à la Faculté de Droit, président.

ROUBIER, Professeur à Faculté de Droit

PELLOUX, Agrégé à la Faculté de Droit

} assesseurs.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



Du Rôle des Etablissements de Crédit dans le Financement des Marchés de Travaux et de Fournitures

INTRODUCTION

S'il est un problème d'actualité dans le domaine administratif, c'est bien celui du financement des marchés de travaux et de fournitures, ce problème d'ailleurs présentant un aspect tout aussi intéressant au point de vue économique et financier.

Avec le développement des attributions de l'Etat, le nombre des marchés passés par les collectivités publiques s'est accru. De plus, par suite d'une mauvaise gestion financière, les collectivités se sont vues dans l'obligation de retarder leurs paiements. Enfin, le resserrement général des trésoreries des entreprises privées, provoqué par la hausse des prix, a posé le problème des fonds de roulement.

En face de telles difficultés, l'entrepreneur adjudicataire a dû s'inquiéter de trouver quelques formules nouvelles qui lui permettent d'assurer l'exécution du travail dont il s'était chargé.

Lorsque le législateur a admis le principe du cautionnement personnel et solidaire, les entrepreneurs ont eu recours immédiatement aux banques, afin

d'éviter les immobilisations provoquées par un cautionnement en numéraire, ou en fonds d'Etat. Leur trésorerie s'en est trouvée allégée d'autant.

Mais il restait la pénurie de capitaux en cours d'exécution du marché. Les entrepreneurs se sont encore adressés aux établissements de crédit, qui, sous forme d'escomptes et de découverts, ont mis à leur disposition les sommes dont ils avaient besoin.

Escomptes, découverts, n'allaient pas sans entraîner, cependant, de nombreuses difficultés, dès l'instant qu'il s'agissait de marchés administratifs :

D'une part les banques ne s'engageaient que prudemment dans ces opérations de découverts, n'y trouvant pas les garanties suffisantes : non seulement la question de durée se posait, mais aussi, bien souvent, la question d'incertitude quant aux dates de paiements, incertitude d'autant plus grave que, même lorsque les dates étaient fixées, certaines collectivités publiques à court d'argent ne tenaient pas leurs engagements ;

D'autre part, les entrepreneurs trouvaient difficilement les crédits dont ils avaient besoin et, dans tous les cas, ils ne les trouvaient qu'à des conditions trop onéreuses.

Il était cependant nécessaire que les établissements de crédit restassent fidèles aux principes de prudence qui ont toujours été à la base de la politique bancaire française : spécialisation, liquidité, division des risques.

Le seul moyen de venir en aide aux entrepre-

neurs était de permettre aux banques d'intervenir, sans qu'elles fussent, pour autant, dans l'obligation de courir des risques trop importants. Il fallait donner au banquier des sûretés satisfaisantes en contrepartie des avances qu'il consentait. La solution du problème a été trouvée dans la pratique de la « délégation des marchés », selon laquelle l'entrepreneur donne en nantissement au banquier son marché, ou plutôt les créances résultant du marché.

A l'origine, le système de la délégation de marchés a été appliqué d'après les règles du droit commun. Quelques arrêts sont venus tour à tour reconnaître, puis contester la valeur de ce procédé de garantie. Ce n'est qu'en 1935 que le législateur s'est occupé de la question : il a fixé les grandes lignes du régime spécial « des nantissements de marchés ».

Enfin, complétant en quelque sorte la législation sur cette question si importante du financement des marchés, une loi du 19 août 1936 a créé la Caisse Nationale des Marchés, qui permet, entre autres avantages, de mobiliser à tous moments les créances sur les administrations.

On ne peut nier l'effort du législateur pour soulager les trésoreries des entreprises travaillant pour le compte des collectivités publiques.

Les établissements de crédit ont contribué, pour une très large part, à la réalisation du plan nouveau. Encore une fois, ils ont répondu aux nécessités de l'heure, et, par leur collaboration étroite avec l'action gouvernementale, suivant fidèlement les directives de la Banque d'Emission, ils ont contribué à la conso-

lisation du crédit de l'Etat, tout en apportant une aide précieuse aux entreprises privées. Ils ont travaillé ainsi au redressement économique et financier du pays.

Nous étudierons, au cours de cet exposé, le rôle des établissements de crédit dans le financement des marchés de travaux et de fournitures.

Dans une première partie, nous rappellerons brièvement les interventions possibles du banquier garantissant le soumissionnaire ou l'adjudicataire auprès de l'administration (cautionnement).

Une deuxième partie sera consacrée à l'étude du financement des marchés en droit commun, et dans le système du décret-loi du 30 octobre 1935.

Enfin, nous parlerons de la Caisse Nationale des Marchés, de son organisation, de son fonctionnement.

Nous terminerons par quelques critiques générales.

PREMIERE PARTIE

Du Rôle des Etablissements de Crédit
garantissant les Entrepreneurs
auprès de l'Administration

CHAPITRE PREMIER

APTITUDES DES ENTREPRENEURS A SOUMISSIONNER

L'Administration doit appeler à concourir à l'entreprise des Travaux Publics tous ceux qui sont capables de l'exécuter. Elle doit donc se préoccuper tout d'abord de porter l'annonce d'un travail public à effectuer à la connaissance du plus grand nombre possible de chefs d'entreprises. Il est d'ailleurs de son intérêt d'avoir recours à la publicité la plus étendue : la concurrence d'un plus grand nombre conduira les entrepreneurs à offrir les prix les plus bas que l'on puisse raisonnablement espérer. Mais, d'autre part, précisément parce que l'Administration appelle à concourir une très grande quantité de personnes, et donne la préférence à celui dont les prix sont les plus avantageux, elle se trouve dans une situation bien inférieure à celle d'un particulier qui traite à son gré avec l'entrepreneur de son choix. Celui-là deviendra l'entrepreneur, non pas qui sera le plus habile, mais qui sera le moins exigeant au point de vue des prix d'adjudication.

L'Administration devait donc se préoccuper de

n'admettre à l'adjudication que des personnes dont la compétence technique et la solvabilité fussent suffisantes. C'est ainsi qu'elle a été amenée à exiger la production d'un certificat de capacité et le versement d'une caution.

I. — DU CERTIFICAT DE CAPACITE

L'article 2 du Cahier de 1892 s'exprime ainsi :

« Nul n'est admis à concourir aux adjudications, s'il ne justifie qu'il a les qualités requises pour garantir la bonne exécution des travaux.

« A cet effet, chaque concurrent est tenu de fournir un certificat constatant sa capacité et de présenter un acte régulier de cautionnement, sauf l'exception prévue au dernier paragraphe de l'article suivant et les autres exceptions autorisées par les lois, décrets et règlements en vigueur. »

Avant de nous demander quelles sont les pièces à produire par les concurrents à l'adjudication, il importe de savoir si l'Administration ne pourra pas écarter, *a priori*, certaines personnes de cette adjudication.

Tout d'abord, il est bien évident que des personnes incapables de contracter d'après le droit commun (mineurs, interdits, individus pourvus d'un conseil judiciaire, femmes mariées non autorisées) ne peuvent y être admises.

Mais il ne semble pas qu'il existe d'autres incapacités générales ; c'est ainsi que l'Administration des

Ponts et Chaussées n'écarte pas les étrangers de ses adjudications. Il faut remarquer que les Ministères de la Guerre et de la Marine exigent la nationalité française : il s'agit là de travaux intéressant la Défense Nationale.

Si les incapacités générales sont très rares, il n'en est pas de même des incapacités personnelles. L'Administration a le droit et le devoir de se renseigner sur la capacité technique et la moralité des concurrents. Les divers cahiers des charges lui font une obligation d'exiger des certificats qui la garantissent sur ces deux points ; il lui appartient d'apprécier souverainement la valeur des certificats qui lui sont fournis. Dès lors, c'est à elle de décider, à chaque adjudication, s'il convient ou non d'admettre tel ou tel concurrent.

D'après la jurisprudence, un entrepreneur peut être exclu par l'Administration d'une manière définitive de toute adjudication. Il a été jugé que le Ministre de la Marine a le droit d'exclure absolument un entrepreneur du concours aux adjudications et aux marchés de gré à gré de son département ⁽¹⁾. La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée d'une façon formelle en matière de travaux de l'Administration des Ponts et Chaussées.

De toute façon, l'entrepreneur visé par une exclusion définitive, trouve dans le recours pour excès de pouvoir la protection nécessaire, au cas où l'exclu-

(1) Conseil d'Etat, 13 avril 1883, Rec., p. 339.

sion porterait atteinte à son crédit ou à sa réputation (2).

Le décret du 4 juin 1888 a admis aux adjudications les sociétés d'ouvriers français.

Au sujet du certificat de capacité, l'article 3 du Cahier de 1892 s'exprime ainsi :

« Les certificats de capacité sont délivrés par des hommes de l'art. Ils ne doivent pas avoir plus de trois ans de date au moment de l'adjudication.

« Il est fait mention de la manière dont les soumissionnaires ont rempli leurs engagements soit envers les tiers, soit envers les ouvriers, dans les travaux qu'ils ont exécutés, surveillés ou suivis.

« Ces travaux doivent avoir été faits dans les dix dernières années, et exécutés sous la direction de l'homme de l'art qui a délivré le certificat. »

Les certificats sont présentés huit jours au moins avant l'adjudication à l'ingénieur en chef qui doit les viser à titre de communication. Ils sont accompagnés d'une note indiquant les travaux exécutés par le soumissionnaire depuis qu'ils ont été délivrés.

Il n'est pas exigé de certificat de capacité pour la fourniture de matériaux destinés à l'exécution des routes en empierrement dont l'estimation ne s'élève pas à plus de 20.000 francs.

Les fonctionnaires qui procèdent à l'adjudication apprécient souverainement la valeur des certificats produits, et leur décision, acte purement administra-

(2) 30 mars 1906, Ballande, Rec. Lebon, p. 279. — 15 mars 1914, Ducret, Rec., p. 600. Jurisprudence constante en cette matière.

tif, n'est pas susceptible d'un recours devant les tribunaux ⁽³⁾.

Pour les sociétés d'ouvriers français, le certificat de capacité est produit par le gérant ou le délégué de la société.

II. — DU CAUTIONNEMENT PROVISOIRE

La production du certificat de capacité assure à l'Administration qu'elle traitera avec un homme possédant toutes les aptitudes techniques désirables. Nous avons vu, d'une part, que l'homme de l'art à qui s'adresse le candidat à l'adjudication, a toute liberté pour accorder ou refuser le certificat qui lui est demandé, et que, d'autre part, l'Administration reste pleinement maîtresse d'apprécier la valeur des pièces qui lui sont fournies.

Cette garantie de savoir professionnel est insuffisante : l'Administration ne doit pas seulement traiter avec un homme habile, mais encore avec un entrepreneur solvable, décidé à exécuter loyalement le contrat. Il a semblé que le meilleur moyen d'intéresser les adjudicataires à l'exécution de leurs engagements, le meilleur moyen d'écarter les offres faites à la légère, était d'exiger des soumissionnaires le

(3) Conseil d'Etat, 25 novembre 1880, Rec., p. 546.

dépôt d'une somme d'argent sur laquelle l'Administration s'indemniserait à l'occasion.

Le cautionnement est un gage exigé par l'Administration pour être affecté à la garantie des engagements de l'entrepreneur, et non un dédit qu'il serait loisible à celui-ci d'abandonner pour se soustraire à ses obligations. — Il ne profite qu'à l'Etat, qui a le droit de se faire payer sur son montant, par privilège et préférence aux autres créanciers, que ceux-ci aient ou non pratiqué une opposition régulière. — Les ouvriers et fournisseurs ne bénéficient d'aucun privilège sur les sommes déposées en garantie (*). Quant au tiers qui aurait fourni le cautionnement à la place du candidat à l'adjudication, il faut distinguer : s'il a fait le versement en son propre nom, il bénéficie du privilège de second ordre accordé par la loi aux bailleurs de fonds, en ce qui concerne les cautionnements des fonctionnaires publics ; mais s'il a simplement prêté les fonds à l'entrepreneur, il n'a pas plus de droits qu'un créancier ordinaire ; il n'a jamais, dans tous les cas, qualité pour demander soit l'annulation ou la réformation des actes qui dérivent du marché, soit la résiliation de l'entreprise, soit la révision du compte.

Il y a lieu de distinguer entre deux sortes de cautionnements : le cautionnement provisoire fourni par tous les concurrents, et le cautionnement définitif qui n'est exigé que du seul adjudicataire.

(4) Cass., 4 mars 1889, Berthaud et autres. D. 89, 1, 426.

Le premier est une preuve de la bonne foi et des intentions sérieuses du soumissionnaire, le second garantit la bonne exécution des travaux.

Sauf clause spéciale du cahier des charges ⁽⁵⁾, ou dispense établie par les lois et décrets ⁽⁶⁾, les candidats à l'adjudication ne sont admis à concourir qu'après avoir justifié du versement d'un cautionnement provisoire.

Le but du cautionnement est d'assurer le caractère sérieux des soumissions et de permettre le recouvrement éventuel des frais de folle enchère au cas où l'entrepreneur proclamé adjudicataire n'exécute pas son contrat.

Le cautionnement provisoire, qui doit être versé dix jours au plus tard avant l'adjudication à un préposé de la Caisse des Dépôts et Consignations dans un arrondissement quelconque, devait consister obligatoirement, jusqu'à une date récente, au choix des soumissionnaires :

1° en numéraire ;

2° en rentes sur l'Etat et valeurs du Trésor au porteur ;

3° en rentes sur l'Etat nominatives ou mixtes ⁽⁷⁾.

Mais de graves inconvénients sont venus entraver le fonctionnement de ce système de garanties.

(5) Cf. C. C. G. de la Guerre, art. 7 : « En règle générale, le cautionnement provisoire n'est pas exigé dans les adjudications restreintes ».

(6) Décret du 1^{er} octobre 1931 : société d'ouvriers (travaux de l'Etat) ; Loi du 26 août 1926 (communes) ; artisans français : loi du 28 déc. 1931, art. 6 ; décret du 30 octobre 1932 ; loi du 17 janvier 1935.

(7) Décret de 1882, art. 5 et suivants. Décret du 19 juillet 1935 : Ville de Paris.

Il arrivait en effet que certains entrepreneurs, en raison de la situation économique et financière, éprouvaient des difficultés sérieuses à constituer des cautionnements en numéraire ou en rentes sur l'Etat ; ces difficultés écartaient parfois des concurrents qui eussent été susceptibles d'exécuter correctement les travaux, et se traduisaient, de toute façon, par une augmentation du prix des adjudications.

Dès 1925, l'attention du ministre avait été attirée sur cette question, et, après examen en conseil général des Ponts et Chaussées, après entente avec le Ministre des Finances, le Ministre des Travaux Publics a estimé qu'il y avait intérêt à appliquer provisoirement, et à titre d'essai, le système du cautionnement personnel et solidaire ⁽⁸⁾.

Selon ce nouveau système, l'entrepreneur est dispensé de l'obligation de déposer un cautionnement en numéraire, à charge par lui de fournir une caution autorisée par le département des Travaux Publics, sous réserve de l'agrément préalable du Ministre des Finances, et s'engageant personnellement et solidairement avec lui. Nous étudierons en détail les différents systèmes de cautionnements personnels et solidaires lorsque nous parlerons du cautionnement définitif.

Les grands établissements de crédit étaient tout indiqués pour cautionner les entrepreneurs auprès de l'Etat, offrant toutes les garanties voulues et la sécurité nécessaire. De cette façon, les banques, une

(8) Circulaire Ministre des Travaux publics, 3 août 1925.

fois encore, étaient appelées à jouer un rôle de premier ordre dans l'activité économique du pays : elles apportaient une aide précieuse aussi bien à l'Etat qu'aux entrepreneurs.

Ce système de cautionnement personnel et solidaire, qui n'avait été autorisé par la circulaire ministérielle du 3 août 1925 que « provisoirement et à titre d'essai », ayant donné des résultats entièrement satisfaisants, le Ministre des Travaux Publics, par circulaire du 9 mai 1927, a décidé, d'accord avec le Ministre des Finances, de le maintenir à titre définitif dans les conditions fixées en 1925.

Le décret du 30 octobre 1935 est venu étendre aux titulaires de marchés passés avec toutes les collectivités publiques la possibilité, auparavant réservée aux titulaires de marchés passés avec l'Etat, de recourir à l'engagement d'un tiers à titre de caution personnelle et solidaire. Dans tous les cas, les tiers doivent être agréés par le Ministère des Finances.

Aujourd'hui, les entrepreneurs peuvent donc, sauf clause contraire du cahier des charges, remplacer le versement du cautionnement provisoire par le cautionnement d'une banque autorisée par le Ministre des Travaux Publics et agréée par le Ministre des Finances ⁽⁹⁾. Dans ce cas, le certificat de versement du cautionnement est remplacé par une déclaration constatant qu'un établissement financier agréé s'est porté caution personnelle et solidaire pour le soumis-

(9) Circulaire du 11 juillet 1929. Circ. Min. Trav. publics, 14 avril 1929, 9 mai 1929, 16 février et 27 juin 1932. Marine ; arrêtés 6 juillet 1926, 3 avril 1935.

sionnaire, à concurrence du montant du cautionnement provisoire.

Celui-ci est fixé, à défaut de clauses contraires, au soixantième de l'estimation des travaux, déduction faite de la somme à valoir (art. 4 du décret de 1882).

Ce cautionnement, qui n'est pas productif d'intérêt, est restitué aux soumissionnaires non déclarés adjudicataires, au vu de la mainlevée donnée par le fonctionnaire chargé de l'adjudication.

Il est remboursé à l'adjudicataire après justification de la réalisation du cautionnement définitif. — Par contre, il reste acquis à l'Etat si le cautionnement définitif n'est pas réalisé dans le délai prévu par le Cahier des Clauses et Conditions générales (art. 11 du décret de 1882).

Le cautionnement peut aussi être immobilier.

Des règles spéciales sont édictées dans certains services : c'est ainsi que dans le service du génie militaire, le soumissionnaire doit présenter une caution personnelle s'engageant solidairement avec lui ; certaines personnes (femmes, septuagénaires, interdits, majeurs pourvus d'un conseil judiciaire), ne peuvent servir de cautions. — Le cahier des chemins vicinaux exige un cautionnement unique à verser avant l'adjudication ; une simple promesse de le fournir suffit, si l'Administration y consent.

Pour toutes les modalités de versement du cautionnement, il convient de se référer aux devis particuliers à chaque entreprise.

Les sociétés d'ouvriers et petits artisans sont dispensés de l'obligation de verser un cautionnement,

lorsque le montant des travaux ne dépasse pas un certain chiffre ⁽¹⁰⁾.

L'Administration ne saurait déclarer irrégulière la soumission d'une société d'ouvriers pour défaut de versement du cautionnement ⁽¹¹⁾, et de plus, « dans le cas où les travaux relevant du département des Travaux Publics seraient signalés comme ayant été exécutés contrairement aux prescriptions (indiquées ci-dessus) une enquête serait ouverte » ⁽¹²⁾.

En plus du cautionnement, une garantie pécuniaire est exigée lorsque les matières ou effets sont confiés aux entrepreneurs pour l'exécution des marchés, sauf dérogation en ce qui concerne les sociétés d'ouvriers et les petits artisans.

(10) Décret de 1888, art. 4, modifié par le décret du 5 octobre 1920 et le décret de 1931, art. 5 ; loi de 1926, art. 4 ; loi du 28 décembre 1931, art. 6 : « Dans les adjudications ou marchés de gré à gré passés au nom de l'Etat, des Départements, des Communes, des établissements publics de bienfaisance et d'assistance, ainsi que des établissements reconnus d'utilité publique ayant un caractère hospitalier ou de bienfaisance, les petits artisans remplissant les conditions fixées à l'article 42, alinéa 2, du décret du 15 octobre 1926, sont dispensés de fournir un cautionnement, lorsque le montant prévu des travaux et fournitures faisant l'objet du marché ne dépasse pas 50.000 francs dans les villes de 10.000 à 100.000 habitants ; 100.000 francs dans les villes de 101.000 à 200.000 habitants ; 125.000 francs dans les villes de 201.000 à 300.000 ; 150.000 francs dans les villes de 300.000 habitants et au-dessus. Le maximum est porté à 200.000 francs pour la Ville de Paris. En cas d'adjudication, les artisans devront produire un certificat délivré par le Contrôleur des Contributions directes de leur domicile, indiquant qu'ils sont imposés à l'impôt sur les traitements et salaires ». Mêmes chiffres pour les sociétés d'ouvriers. A noter que, au cas où le marché devrait être exécuté sur plusieurs années, c'est le montant total des travaux qu'il faut considérer et non le chiffre annuel de la dépense.

(11) C. d'Etat, 9 février 1912, Société coopérative d'ouvriers plombiers de Limoges. Rec., p. 192. — 9 mars 1934, société « Les cimentiers et maçons d'art », Rec., p. 329.

(12) Réponse du Ministre des Travaux publics, *J. O.*, 23-10-1932.

CHAPITRE II

DU CAUTIONNEMENT DEFINITIF

I. — DE L'APPROBATION DU MARCHÉ

L'adjudication ayant eu lieu, et l'un des soumissionnaires ayant été proclamé adjudicataire, celui-ci se trouve définitivement lié ; il n'en est pas de même de l'Administration qui n'est pas tenue d'exécuter, tant qu'un acte administratif n'est pas intervenu : l'approbation de l'adjudication.

« Le contrat n'existe juridiquement, dit M. Gaston Jèze, que lorsque l'autorité publique compétente a pris la décision de conclure le contrat en opposant sa signature et en signifiant la décision à l'adjudicataire. C'est ce que l'on appelle l'approbation du marché » ⁽¹⁾. Tant que l'autorité compétente « n'a pas signé le contrat, il n'y a que des pourparlers ne créant aucune situation juridique contractuelle » ⁽²⁾.

L'article 5 des Cahiers de 1866 et de 1892 dit en effet : « L'adjudication n'est valable qu'après l'ap-

(1) G. Jèze : Les principes généraux du Droit administratif, p. 105.

(2) G. Jèze : *Id.*, p. 40.

probation de l'autorité compétente. L'entrepreneur ne peut prétendre à aucune indemnité dans le cas où l'adjudication n'est point approuvée ».

Le cahier de 1866 ne contenait pas d'autres dispositions. Il en résultait qu'aucun délai n'était imparti à l'Administration pour cette approbation. Or, quand la décision se faisait attendre, l'entrepreneur se trouvait dans un sérieux embarras : devait-il ou non commencer les travaux ? S'il les commençait, il pouvait arriver que l'adjudication ne fut pas approuvée, et il était prévenu en ce cas qu'aucune indemnité ne lui serait allouée pour le préjudice qu'il aurait subi. D'autre part, s'il ne les commençait pas, son activité, ses capitaux, le personnel qu'il avait réuni, le matériel qu'il avait acquis, demeureraient sans emploi, et, comme il ignorait la décision de l'Administration, et le moment où cette décision serait prise, il lui était impossible d'affecter les uns et les autres à d'autres travaux.

Pour remédier à cet état de choses, le cahier de 1892 stipule que « si l'approbation du marché n'a pas été notifiée dans un délai de trente jours, à partir de la date du procès-verbal d'adjudication, l'adjudicataire sera libre de renoncer à l'entreprise, et il lui sera donné mainlevée de son cautionnement ».

L'approbation du marché a donc une grande importance, d'autant plus que c'est à compter de la date de la notification de cette approbation que court le délai de constitution du cautionnement définitif. De plus, comme le dit M. Jèze : « Pour l'exécution du contrat et l'application des clauses du contrat, c'est

le jour de la notification de la conclusion du contrat qui doit être pris en considération » (3).

L'adjudication ne constitue du côté de l'Administration qu'une promesse conditionnelle : le refus du Ministre empêche le contrat de se former, bien que l'entrepreneur soit, dès le moment de l'adjudication, engagé d'une façon définitive (4). Le Ministre n'a le droit que d'accorder ou de refuser son approbation, et s'il la refuse, il doit être procédé à une nouvelle adjudication (5). Il ne saurait, s'il refusait d'approuver l'adjudication, confier les travaux à l'un des concurrents, quand bien même son choix se porterait sur le soumissionnaire qui a fait le rabais le plus considérable après l'adjudicataire évincé.

Une fois l'adjudication approuvée et la notification de l'approbation effectuée, l'entrepreneur a un droit acquis à l'exécution des travaux, et l'Administration ne peut plus les exécuter elle-même, ou les confier à un autre, sans l'indemniser.

II. — DU CAUTIONNEMENT DEFINITIF

C'est à dater de la notification que courent les délais pour la constitution du cautionnement définitif. L'article 4 du Cahier de Clauses et Conditions générales des Ponts et Chaussées s'exprime ainsi :

(3) G. Jèze : *loc. cit.*, p. 105.

(4) Cons. d'Etat, 28 février 1873, p. 206 ; 5 décembre 1884, p. 181 ; 18 février 1887, p. 152.

(5) Cons. d'Etat, 26 janvier 1877, p. 109 ; 16 mai 1890, p. 495.

« Le cautionnement définitif est constitué dans le département où se fait l'adjudication, et doit être réalisé dans les vingt jours qui suivent la notification de l'approbation des marchés » (huit jours dans les travaux des bâtiments civils et palais nationaux).

Le cautionnement définitif est fixé, à défaut de stipulations particulières du cahier des charges, « au trentième de l'estimation des travaux, déduction faite de toutes les sommes portées à valoir pour dépenses imprévues et ouvrages en régie » (Cahiers de 1866 et de 1892). De même que pour le cautionnement provisoire, le cautionnement définitif, autrefois, ne pouvait être constitué qu'en numéraire ou en valeurs rentes sur l'Etat. — Nous verrons qu'un certain nombre de décrets ont prévu la possibilité de remplacer le versement en numéraire ou en titres par une caution s'engageant personnellement et solidairement avec l'entrepreneur. — Nous étudierons le rôle très important joué ici par les établissements de crédit, et les conditions qu'ils doivent remplir d'après la législation en vigueur pour pouvoir se porter caution.

1° CONSTITUTION DU CAUTIONNEMENT DÉFINITIF

Si le cautionnement provisoire avait été constitué en numéraire, l'adjudicataire pourra obtenir la transformation de son cautionnement provisoire en cautionnement définitif. S'il le désire, le cautionnement provisoire versé en numéraire pourra être affecté à l'achat de titres ou de valeurs du Trésor pour

la consitution du cautionnement définitif : c'est une opération possible sous la double condition que le cautionnement provisoire soit égal au montant du cautionnement définitif, et que l'Administration qui a passé le marché accepte cette transformation.

Ces règles sont applicables aux marchés passés par l'Etat et les départements ; pour les marchés passés avec les communes et les établissements de bienfaisance, la transformation du cautionnement provisoire en cautionnement définitif est subordonnée à l'agrément de la commune ou de l'établissement de bienfaisance ⁽⁶⁾.

Le cautionnement définitif versé à la Caisse des Dépôts et Consignations produit des intérêts dont le taux est déterminé par les règlements de cet établissement ; il a été jugé qu'il n'appartenait pas au Conseil de Préfecture de fixer le taux du cautionnement ⁽⁷⁾.

Par circulaire du 3 août 1925, le Ministre des Travaux Publics a autorisé, à titre d'essai, le remplacement du cautionnement définitif en numéraire par une caution personnelle et solidaire : ce système a été étendu par la suite ⁽⁸⁾ à titre définitif à tous les genres de cautions.

La faculté de remplacer le cautionnement définitif par une caution personnelle et solidaire est de règle lorsqu'il s'agit d'adjudications restreintes ou de mar-

(6) Réponse du Ministre des Finances à M. J. Faure. *J. O.*, 29 novembre 1935.

(7) Cons. d'Etat, 20 juillet 1867, Pascal, Rec., p. 697.

(8) Circulaire du 9 mai 1927.

chés de gré à gré, autres que ceux afférents à des travaux comportant un délai de garantie (9).

Les formalités relatives à l'acceptation des cautionnements étant postérieures au prononcé de l'adjudication qui libère tous les soumissionnaires autres que les adjudicataires, sont étrangères aux rapports des soumissionnaires entre eux. En conséquence, un concurrent évincé ne saurait invoquer, pour faire annuler l'adjudication, le fait que l'entrepreneur déclaré adjudicataire aurait été autorisé, contrairement aux prescriptions du cahier des charges, à substituer des cautions à celles qu'il avait primitivement soumises à l'agrément du ministre. D'ailleurs, en cette matière, le ministre jouit, en général, d'une assez grande liberté pour agréer ou refuser la caution, « exiger le remplacement de la caution qui ne lui paraîtrait pas offrir les garanties suffisantes », ou encore « pour approuver le marché au profit de l'entrepreneur dont la première caution n'aurait pas été acceptée » (10).

Au cas où l'adjudicataire ne réaliserait pas son cautionnement dans les délais prévus, le préfet serait autorisé à proclamer la déchéance de l'adjudicataire, et son cautionnement provisoire serait acquis à l'Etat. — Le décret de 1882, article 11, déclare en effet que « sont acquis à l'Etat, d'après le mode déterminé par l'article suivant, les cautionnements pro-

(9) Pour les marchés des P. T. T. : circ. min. 28 avril 1930. *J. O.* 7 mai 1930, complétant les dispositions de la circulaire du 29 mars 1929 : *J. O.*, 18 avril, p. 4535 à 4539.

(10) Cons. d'Etat, 1^{er} juillet 1887 : Bourtry et autres, Rec., p. 535.

visoires des soumissionnaires qui, déclarés adjudicataires, n'ont pas réalisé leurs cautionnements définitifs dans le délai fixé par le cahier des charges », et, article 12, que « l'application des cautionnements définitifs à l'extinction des débets liquidés par le Ministre compétent a lieu aux poursuites et diligences de l'agent judiciaire du Travail Public, en vertu d'une contrainte délivrée par le Ministre des Finances ».

Pour la restitution du cautionnement définitif, l'article 4 du C. C. G. des Ponts et Chaussées dit, *in fine* :

« Il reste affecté en garantie des engagements contractés par l'adjudicataire jusqu'à réception définitive des travaux. Toutefois, le Ministre peut, dans le cours d'entreprise, autoriser la restitution de tout ou partie du cautionnement. »

La libération des cautions est réalisée par la mainlevée officielle donnée par un représentant qualifié de la collectivité qui a passé le marché.

2° LÉGISLATION ANTÉRIEURE AU DÉCRET DU 12 DÉCEMBRE 1936. — CAUTION PERSONNELLE ET SOLIDAIRE.

Le décret du 3 août 1925 a donc dispensé l'entrepreneur de l'obligation de déposer un cautionnement en numéraire, à charge par lui de fournir une caution s'engageant personnellement et solidairement avec lui à verser au Trésor, jusqu'à concurrence du montant du cautionnement stipulé au cahier des charges, des sommes dont il viendrait à être reconnu débiteur envers l'Etat. — Jusqu'au décret du 12 dé-

cembre 1936, un système spécial fonctionna pour les cautions personnelles et solidaires avec les carnets de contrôle. — Le décret de 1936 a organisé quelque chose de plus souple. — Nous allons étudier ces deux systèmes.

Selon la législation en vigueur en 1925-1930, et avant le décret du 12 décembre 1936, les établissements devaient, pour se porter caution en faveur d'un adjudicataire, être autorisés par le département des Travaux Publics, sous réserve de l'agrément préalable du Ministre des Finances ; une demande était adressée au Ministère des Travaux Publics. L'autorisation était donnée par un arrêté ministériel qui faisait l'objet d'une publication au *Journal Officiel*. Elle pouvait, le cas échéant, être retirée suivant les mêmes formes.

En vue d'éviter une diminution des sûretés que le système antérieur conférait à l'Etat, l'autorisation donnée aux établissements financiers, et autres, à cautionner les entrepreneurs, était subordonnée à la constitution par chaque établissement d'un nantissement déposé entre les mains du directeur général de la Caisse des Dépôts et Consignations, et dont le montant était maintenu constamment dans le rapport du dixième au moins à l'égard du chiffre total des engagements assumés. Un nantissement de 250.000 francs permettait ainsi à l'établissement dépositaire de se porter caution pour les marchés dont le total des cautionnements ne dépassait pas 2.500.000 francs.

Pour se rendre compte à tout moment de la capa-

citée réelle de cautionnement d'un établissement autorisé, on avait créé des carnets spéciaux dits « carnets de contrôle », mentionnant, au fur et à mesure qu'elles étaient effectuées, les diverses opérations susceptibles d'influer sur cette capacité.

Les carnets de contrôle étaient délivrés en blanc aux établissements autorisés, par les soins de l'administration centrale du Ministère des Travaux Publics (service comptabilité). Chaque folio était coté et paraphé par le directeur du personnel et la comptabilité ; inscription était faite dans la première case du carnet d'une attestation relative au chiffre du nantissement déposé par le titulaire et à la puissance de cautionnement correspondante.

Les mentions relatives aux opérations engagées ou dégagées à l'occasion des marchés cautionnés étaient inscrites sur les carnets ; il suffisait à toute occasion de se reporter au dernier chiffre de l'avoir net pour connaître la puissance de cautionnement disponible pour une opération ultérieure.

La faculté donnée aux entrepreneurs de fournir une caution personnelle et solidaire aux lieu et place du cautionnement en numéraire, devait faire l'objet d'une insertion spéciale dans le devis particulier. Dans les vingt jours qui suivaient l'approbation du marché, l'établissement autorisé désirant cautionner le titulaire faisait parvenir à l'ingénieur en chef un des carnets de contrôle, en même temps qu'une déclaration sur timbre, dans laquelle il déclarait, entre autres choses, « se porter caution personnelle et soli-

daire pour M. X... pour le montant du cautionnement... ».

L'ingénieur en chef procédait à un examen du carnet. S'il résultait de l'examen tant du carnet que de la déclaration de cautionnement, que l'établissement pétitionnaire remplissait bien les conditions requises pour être admis à cautionner l'adjudicataire, l'ingénieur en chef inscrivait dans la case immédiatement utilisable du carnet une attestation. Mention de l'opération était faite dans la case correspondante du répertoire où l'ingénieur en chef reportait l'indication sommaire du marché et le chiffre de l'avoir net disponible à la suite de la dite opération.

La mainlevée donnait lieu sur le carnet à des formalités analogues à celles de son inscription.

3° SYSTÈME DU DÉCRET DU 12 DÉCEMBRE 1936

Le système du carnet de contrôle était assez incommode et ne permettait pas une application souple du principe du cautionnement personnel et solidaire. Le décret du 30 octobre 1935 est venu, dans son article 9, confirmer le principe du cautionnement personnel et solidaire, et un décret du 12 décembre 1936 a fixé les nouvelles conditions pour un tiers pour se porter caution personnelle et solidaire. Le champ d'application du décret s'étend aux cautionnements définitifs, aux retenues de garanties et aux cautions d'acomptes (dont nous parlerons plus loin) touchant les marchés passés en territoires métropolitain et algérien.

Une circulaire du Ministre des Travaux Publics du 18 janvier 1937 est venue fixer certains détails d'application pratique du décret. Lorsqu'un établissement désire être habilité à se porter caution personnelle et solidaire, il doit présenter une demande d'agrément sur papier timbré au Ministère des Finances (direction du mouvement général des fonds) et s'engager à verser un cautionnement fixe de 100.000 francs dès notification de l'agrément. La demande spécifie à quel préposé de la Caisse des Dépôts et Consignations devra être effectué le versement. Elle doit être accompagnée d'une copie du dernier bilan, d'un exemplaire des statuts, et, s'il s'agit de sociétés par actions, du compte rendu de la dernière assemblée générale.

Après examen de la demande, le Ministre des Finances notifie sa décision à l'intéressé ; si la demande est acceptée, le préposé qui doit recevoir le cautionnement sera avisé en même temps que l'intéressé, et dès que ce dernier aura effectué le versement, le préposé en informera le Ministre des Finances. C'est seulement après que ce versement aura été effectué, qu'un établissement agréé pourra demander à se porter caution pour un marché déterminé.

Les cautions qui sont présentées par les titulaires de marchés ne peuvent être acceptées que si elles ont été préalablement agréées dans les conditions rappelées ci-dessus. Lorsque l'agrément du Ministre des Finances est notifié au préposé de la Caisse des Dépôts et Consignations, celui-ci peut recevoir le ver-

sement de 100.000 francs et délivre alors à l'établissement qui désire se porter caution une attestation de ce versement. L'agrément de la caution est toujours révocable ⁽¹¹⁾.

Par ailleurs, l'article 8 du décret précise que les administrations contractantes conservent leur liberté d'appréciation quant à l'acceptation ou la non-acceptation des cautions proposées par les titulaires de marchés et agréées par le Ministre des Finances.

La circulaire du 18 janvier 1937 ajoute : « Il convient d'ajouter que si mon département (Ministère des Travaux Publics) estime, pour des motifs qui lui sont propres, que la caution offerte doit être écartée, il conserve à cet égard toute liberté d'appréciation et est en mesure d'exiger du titulaire la présentation d'une autre caution, sous la seule réserve que celle-ci justifie de l'agrément du Ministre des Finances, constaté par le versement du cautionnement de 100.000 francs ».

Dans un de ses référés, la Cour des Comptes demande que l'on veille à ce que les fournisseurs ne soient pas cautionnés par des tiers dont les rapports financiers avec eux soient trop étroits ⁽¹²⁾. Il y a lieu d'éviter notamment que le fournisseur et la caution ne soient une société mère et sa filiale ; il faut empêcher aussi les engagements réciproques de deux établissements se cautionnant alternativement l'un l'autre. En règle générale, à l'occasion de chaque marché pour lequel la caution personnelle et soli-

(11) Art. 6, décret 12-12-36.

(12) Circul. du Ministre Travaux publics, 30-7-37.

daire accorde sa garantie, on doit exiger de cette caution la constitution d'un cautionnement égal au dixième du montant des sûretés imposées au titulaire du marché ⁽¹³⁾ : cautionnement proportionnel. Tous ces cautionnements doivent être versés à la caisse du préposé de la Caisse des Dépôts et Consignations qui a reçu le cautionnement fixe de 100.000 francs : pour les grands établissements de crédit à succursales multiples tels que le Comptoir National d'Escompte de Paris, le Crédit Lyonnais, la Société Générale, le cautionnement de 100.000 francs est effectué auprès de la Caisse des Dépôts et Consignations du siège social (Paris) et les cautionnements proportionnels provenant de marchés conclus dans les succursales de province sont versés au même préposé de la Caisse des Dépôts à Paris. Cela permet la centralisation dans un même lieu des opérations intéressant une même caution.

Afin de permettre de suivre le montant des engagements ainsi contractés, le deux de chaque mois un relevé est adressé au Ministère des Travaux Publics contenant les renseignements suivants :

montant des engagements au 1^{er} du mois ;

accroissement des engagements pendant le mois ;

réduction des engagements pendant le mois ;

montant des engagements en fin de mois. Un registre est tenu constamment à jour indiquant au fur et à mesure, à leur date, toutes les opérations d'engagement et de dégagement des cautions.

(13) Art. 9, décret 12-12-36.

Si le montant des engagements est jugé trop élevé, ou si la situation financière de la caution s'est modifiée depuis le jour de son agrément, le Ministre des Finances peut intervenir, soit en invitant l'établissement à surseoir momentanément aux opérations de cautionnement, soit en révoquant l'agrément. La dernière décision sera toujours notifiée au préposé de la Caisse des Dépôts et Consignations, et la première pourra l'être. Ainsi apparaît l'importance de la formalité qui consiste à obtenir du comptable, avant d'accepter une caution, l'attestation que celle-ci a bien été agréée, et qu'elle n'a été l'objet d'aucune des mesures susvisées.

L'article 10 du décret du 12 décembre 1936 prévoit « que le tiers qui accorde sa garantie doit faire parvenir à l'administration compétente une déclaration attestant qu'il se porte caution personnelle et solidaire, et justifier à cette administration de la constitution du cautionnement ».

Il appartient aux services ordonnateurs de produire à l'appui du mandat émis pour le règlement du premier acompte au nom de l'entrepreneur ou fournisseur un certificat administratif. Ce certificat doit porter référence à la déclaration que l'établissement ou le tiers qui accorde sa garantie a dû souscrire en vertu de l'article 10 précité, et doit reproduire toutes les mentions contenues dans cette déclaration.

En outre, lorsque la caution aura dû constituer un cautionnement proportionnel, ce qui est le cas le plus fréquent, l'ordonnateur devra annexer au mandat

une déclaration de versement, correspondant au récépissé délivré par le préposé de la Caisse des Dépôts et Consignations lors du dépôt des sommes ou titres affectés en nantissement. Dans le cas où la caution aura été dispensée de réaliser le cautionnement proportionnel, les pièces suivantes seront annexées au mandat :

1° Un certificat du préposé de la Caisse des Dépôts attestant le versement du cautionnement fixe de 100.000 francs ;

2° Le certificat administratif visé ci-dessus, complété par l'attestation que la caution a été dispensée du versement du cautionnement proportionnel.

Les déclarations de versements et certificats seront délivrés aux administrations contractantes par le préposé de la Caisse des Dépôts et Consignations qui aura reçu les dits cautionnements.

La circulaire du 30 juillet 1937 fixe le régime fiscal applicable aux actes par lesquels les établissements de crédit s'engagent à se porter cautions personnelles et solidaires des titulaires de marchés. Dans la nouvelle réglementation, l'engagement de l'établissement de crédit est souscrit dans la déclaration que la caution doit faire parvenir à l'administration contractante par application de l'article 10 du décret du 12 décembre 1936. Conformément aux instructions du Ministre des Finances, cette déclaration doit être soumise au droit proportionnel d'enregistrement en même temps que le marché lui-même. Si ladite déclaration n'est pas encore souscrite au moment où l'enregistrement du marché est requis, elle doit être sou-

mise à cette formalité dans le délai de vingt jours prévu par l'article 83 du Code de l'enregistrement.

La mainlevée des cautionnements proportionnels est donnée par un représentant qualifié de la collectivité qui a passé le marché. La mainlevée du cautionnement fixe ne peut être donnée que par le Ministre des Finances. La mainlevée d'une caution peut être obtenue à la requête du titulaire du marché ou à la requête de celui qui s'est porté caution. Le fait de la mainlevée peut provenir d'un acte spécial de mainlevée dressé par l'administration contractante, ou par la restitution pure et simple de l'engagement par cette administration à la caution. La mainlevée ne peut être obtenue qu'après la réception définitive des travaux. Une fois obtenue, la caution est dégagée et le versement du dixième est libéré.

CHAPITRE III

PAIEMENTS D'ACOMPTES RETENUES DE GARANTIES

Les établissements de crédit, qui garantissent les entrepreneurs pour leurs cautionnements provisoires et définitifs, peuvent aussi être appelés à les garantir en cas de paiement d'acomptes, ou de retenues de garanties. L'entrepreneur peut, en effet, fournir un cautionnement pour acomptes et un cautionnement de garantie. Dans le premier cas, la caution couvre la restitution éventuelle des acomptes payés lorsque surgissent ultérieurement des difficultés dans l'exécution du marché ou la livraison des fournitures ; ce cautionnement est indépendant du cautionnement définitif. Deuxième cas : dans certains marchés, une retenue est faite sur le montant des acomptes payés : « retenue de garantie ». Des textes assez récents prévoient la possibilité pour les entrepreneurs de remplacer cette retenue par une caution personnelle et solidaire.

Nous allons dire quelques mots des conditions nécessaires au paiement des acomptes et de la retenue de garantie.

I. — PAIEMENT D'ACOMPTES

Lorsqu'il s'agit de travaux exécutés pour le compte de particuliers, l'entrepreneur ne peut, d'après le droit commun, exiger aucun paiement tant que l'ouvrage n'est pas achevé ; toutefois, une clause du contrat peut déroger, et déroge fréquemment à cette règle.

Il était nécessaire que cette dérogation fût de style en matière de travaux publics. Aussi est-elle prévue dans le cahier des clauses et conditions générales. Les grands travaux publics, en effet, par la quantité des matériaux et de main-d'œuvre, par le matériel important et coûteux qu'ils exigent, par suite aussi de leur durée, nécessitent l'engagement de capitaux considérables ; il eût été extrêmement difficile de trouver quelqu'un possédant une trésorerie suffisamment opulente pour être en mesure de faire cette avance, et nombre d'industriels, fort experts en construction et autres choses semblables, mais gênés au point de vue capitaux, eussent été écartés des adjudications. — Le but recherché n'étant pas celui-là, l'Administration a donc stipulé le paiement d'acomptes en cours d'exécution des travaux. Elle trouve ainsi un plus grand nombre de soumissionnaires et les dispose à consentir des rabais plus importants.

Le paiement d'acomptes ne s'effectue que sur la base des quantités d'ouvrages réellement exécutés ⁽¹⁾.

(1) Art. 44 du cahier de 1866.

Il faut donc une organisation susceptible de contrôler l'exécution des travaux, et permettant de dresser un état pouvant servir de base à un règlement partiel.

Cette organisation existe : c'est le système des carnets d'attachements, permettant l'établissement des décomptes mensuels.

Les attachements sont pris au fur et à mesure de l'exécution des ouvrages par l'agent chargé de la surveillance, en présence de l'entrepreneur et contradictoirement avec lui. — Il doit les signer au moment de la présentation qui lui en est faite. Lorsque, pour un motif quelconque, l'entrepreneur refuse de les signer, ou ne les signe qu'avec réserves, il lui est accordé un délai de dix jours pour formuler par écrit ses observations. Passé ce délai, il est censé les avoir acceptés, tout comme s'ils étaient signés sans réserve. Dans ce cas, on dresse un procès-verbal de la présentation et des circonstances qui l'ont accompagnée ; ce procès-verbal est annexé aux pièces non acceptées et vaut acceptation. Les conducteurs de travaux ont un carnet spécial pour les attachements ; mais les résultats inscrits ne sont portés en compte qu'autant qu'ils ont été admis par les ingénieurs.

Les attachements ont donc pour but de constater au jour le jour les quantités d'ouvrages effectués ; il n'y est nullement question des sommes dues à l'entrepreneur à raison de ces ouvrages. L'application des prix aux quantités d'ouvrages est faite dans les décomptes mensuels et annuels dont les cahiers de 1866 et 1892 traitent sous les articles 40 et 41. L'uti-

lité des attachements consiste précisément à fournir une base pour la confection des décomptes.

« A la fin de chaque mois, il est dressé un décompte provisoire des ouvrages exécutés et des dépenses faites pour servir de base aux paiements à faire à l'entrepreneur » (art. 40). « A la fin de chaque année, il est dressé un décompte de l'entreprise » (art. 41).

Les décomptes mensuels et annuels servent à la liquidation des paiements d'acomptes. — Lorsque ces acomptes sont dus soit pour des engins ou éléments d'ouvrages non encore approvisionnés sur les chantiers, soit pour des avances en raison du matériel et des installations de chantiers de l'entrepreneur, ils ne peuvent être payés à l'entrepreneur que moyennant la constitution d'une garantie. Les établissements de crédit peuvent être appelés à fournir cette garantie sous forme de cautions pour acomptes (2).

Nous avons vu plus haut que le décret du 12 décembre 1936 avait exigé, pour chaque caution, le versement d'un cautionnement proportionnel égal au dixième du montant des sûretés imposées au titulaire du marché. — Une circulaire du Ministre des Travaux Publics, du 18 janvier 1937, prévoit cependant qu'il peut être dérogé à cette règle générale, justement en matière de cautions pour acomptes ; « pour ces dernières, il a paru que le versement du dixième des sommes garanties pouvait ne pas être exigé ».

(2) Décret du 3 février 1932, *J. O.*, 5-2-32.

II. — RETENUE DE GARANTIE

Au sujet du montant des acomptes mis en paiement, l'article 44 du cahier de 1866 s'exprime ainsi : « Les paiements d'acomptes s'effectuent tous les mois, en raison de la situation des travaux exécutés, sauf retenue du dixième pour garantie. — Il est en outre délivré des acomptes sur le prix des matériaux approvisionnés sur les chantiers jusqu'à concurrence des quatre cinquièmes de leur valeur. Le tout, sous la réserve énoncée à l'article 49 ci-après, et sauf le paiement des acomptes à des époques plus rapprochées en vertu soit de l'article 6 du décret du 4 juin 1888... soit des autres exceptions qui pourraient résulter des lois et décrets en vigueur ». L'article 6 du décret du 4 juin 1888 a posé, en effet, en faveur des associations ouvrières, le principe du paiement par quinzaine.

La retenue de garantie est donc du dixième du montant des travaux exécutés.

L'Administration a cependant la faculté d'y renoncer ou d'en réduire le montant, « lorsque la retenue du dixième est jugée excéder la proportion nécessaire pour la garantie de l'entreprise » (art. 45). — Cette mesure est purement gracieuse et ne peut, par suite, donner lieu à un recours contentieux ⁽³⁾.

L'abandon ou la réduction de la retenue ne peut avoir lieu qu'à la condition que l'entrepreneur joigne

(3) C. d'Etat, 28 janvier 1848, Legrand, Rec., p. 30.

à sa demande, adressée aux ingénieurs, un certificat du Trésorier Payeur Général constatant que le montant de la retenue n'a été frappé d'aucune opposition ⁽⁴⁾ et à cette autre condition que le Trésorier n'ait pas reçu signification d'un acte de transport ou de cession faite par l'entrepreneur de sa créance contre l'Administration ⁽⁵⁾.

Deux conditions sont exigées pour que l'entrepreneur soit en droit de réclamer le paiement de la retenue de garantie :

1° Il faut que les travaux aient fait l'objet d'une réception définitive ;

2° L'entrepreneur doit avoir justifié de l'exercice de ses obligations relatives à l'occupation temporaire : le remboursement de la retenue de garantie est subordonné à la justification du paiement des indemnités dues aux propriétaires des terrains exploités et fouillés par lui ⁽⁶⁾.

La retenue de garantie, telle qu'elle vient d'être décrite, constituait pour les entreprises une charge particulièrement lourde dans les circonstances actuelles. Cette charge retombait en définitive sur l'Administration, puisque les prix des marchés étaient majorés en conséquence.

La question s'est posée de remplacer la retenue de garantie par une caution personnelle et solidaire d'un établissement de crédit (ou d'un tiers). Une double tendance s'est manifestée à ce sujet parmi les entrepreneurs de travaux publics. Certains, ayant une

(4) Circulaire du 1^{er} août 1877.

(5) Décret du 26 pluviôse, An 12.

(6) C. d'Etat, 27 novembre 1903, Peyrot, Rec., p. 732.

large trésorerie leur permettant de financer eux-mêmes l'entreprise, et trouvant le nombre des concurrents trop grand déjà, insistaient pour qu'aucune nouvelle facilité ne fût accordée aux entrepreneurs, facilité qui aurait pour conséquence « de susciter des rabais insensés, l'entrepreneur utilisant les fonds des autres, et jamais les siens » (7).

D'autres, au contraire, faisant abstraction de certains intérêts particuliers, étaient partisans du remplacement. C'est ainsi que M. Imbanet exprimait son opinion : « Au sujet de la possibilité pour les entrepreneurs de mobiliser les retenues de garantie, comme beaucoup de mes collègues, je partage l'opinion que toutes mesures susceptibles de favoriser la trésorerie des entreprises doivent être demandées. Elles me paraissent aussi profitables aux intérêts de l'Administration qu'à ceux des entrepreneurs, puisqu'elles permettent d'obtenir la réduction du coût des travaux et qu'elles sont susceptibles, de ce fait, d'en augmenter le volume » (8).

Par circulaire du 9 mai 1927, le Ministre des Travaux Publics, cherchant à remédier aux difficultés de trésorerie des entreprises, autorisait le remplacement de la retenue de garantie par une caution personnelle et solidaire, dans un cas nettement déterminé : travaux pour lesquels il est nécessaire de stipuler un délai de garantie s'étendant sur une longue période d'au moins cinq ans (routes par exemple).

(7) M. Huguet, annales du Syndicat des Entrepreneurs de travaux publics, numéro novembre 1937, p. 769.

(8) Annales Syndicat des Entrepreneurs des travaux publics, déc. 1935, p. 847.

Par circulaire du 4 mai 1936, le Ministre des Travaux Publics a décidé d'étendre à tous les marchés passés par cette administration la faculté donnée à l'entrepreneur de remplacer la retenue de garantie par une caution fournie par un établissement financier ou autre. L'établissement en question doit être agréé comme pour le cautionnement définitif. Cette caution s'engage personnellement et solidairement avec l'entrepreneur à verser au Trésor, jusqu'à concurrence du montant de la retenue de garantie stipulée au cahier des charges, les sommes dont l'entrepreneur viendrait à être reconnu débiteur envers l'Etat.

La faculté donnée aux entrepreneurs de fournir une caution personnelle et solidaire aux lieu et place de la retenue de garantie doit faire l'objet d'une insertion spéciale dans le devis particulier. Cette caution doit être fournie dans un délai d'un mois à compter de la notification de l'approbation du marché. Au fur et à mesure de l'avancement des travaux, sur invitation de l'ingénieur en chef, la caution doit être constituée par échelons successifs, le total des sommes cautionnées étant à toute époque au plus égal à ce que serait la retenue de garantie à la même époque, si elle avait été effectuée. Si la caution pour la somme fixée par l'ingénieur en chef n'était pas constituée dans le délai de quinze jours par l'entrepreneur, celui-ci serait privé définitivement de la faculté de substituer une caution à la retenue de garantie ; celle-ci serait alors réalisée effectivement par l'Administration pour toute la partie qui n'aurait pas encore été cautionnée.

L'établissement qui se porte caution doit faire parvenir à l'ingénieur en chef une déclaration sur timbre, dans laquelle il déclare se « porter caution personnelle et solidaire pour M. X..., pour X francs, représentant une partie de la retenue de garantie... ». Le cautionnement de garantie est libéré lors de la réception définitive des travaux.

CHAPITRE IV

DIFFICULTES NOUVELLES LEGISLATION RECENTE SUR LES PAIEMENTS D'ACOMPTES

Des facilités sans nombre ont donc été accordées aux entrepreneurs pour leur permettre de mener à bien le travail, l'entreprise dont ils se sont chargés.

Malgré cela, la situation des entrepreneurs reste précaire.

En effet, le paiement des acomptes demeure irrégulier. D'ailleurs l'article 49 du C. C. G. dégage la responsabilité de l'administration en cas de retard dans les paiements :

« Les paiements ne peuvent être faits qu'au fur et à mesure des fonds disponibles ; il ne sera jamais alloué d'indemnité pour retard de paiement pendant l'exécution des travaux ».

L'entrepreneur ne pourra, en principe, se prévaloir des retards dans le paiement des acomptes ou de l'absence de paiements pour refuser d'exécuter les travaux ou pour abandonner les chantiers ⁽¹⁾.

(1) C. d'Etat, 29 janvier 1904, Calmel, Rec., p. 74.

Voilà pour les acomptes. Voici maintenant pour le paiement du solde, après réception définitive :

« Si l'entrepreneur ne peut être entièrement soldé dans les trois mois qui suivent la réception définitive régulièrement constatée, des intérêts, calculés d'après le taux légal, pour la somme qui lui reste due sont payés sur sa demande et à partir du jour de sa demande ».

Donc, si l'Administration ne possède par les fonds disponibles : 1° les acomptes ne sont pas versés, sans que cela donne droit, pour autant, à des intérêts de retard ; 2° le solde n'est pas payé, à charge par l'Administration de verser des intérêts de retard. Tout cela n'est pas fait pour alimenter les trésoreries des entreprises. Le système des cautions personnelles et solidaires a permis un certain allègement ; mais cela n'était pas suffisant. Tout entrepreneur peut se trouver aux prises avec des difficultés de trésorerie, en cours d'entreprise, si les mandats qu'il comptait recevoir ne lui sont pas délivrés.

C'est pour remédier à ces difficultés que le législateur s'est occupé de réorganiser le système du paiement des acomptes ; il fallait apporter aux règles et pratiques administratives des aménagements destinés à permettre un règlement plus rapide et plus régulier des sommes dues aux entrepreneurs ou fournisseurs.

Deux décrets récents traitent de la question : décrets du 2 mai et du 14 juin 1938⁽²⁾.

Les articles 3 à 7 du décret du 2 mai 1938 s'inspi-

⁽²⁾ *J. O.*, 3 mai 1938 et du 17 juin 1938.

rent de l'idée que tout service fait, total ou partiel, au profit de l'Etat, doit être suivi, dans les délais raisonnables, du paiement de son prix. Ils comportent la reconnaissance généralisée du droit à acompte si les conditions techniques nécessaires sont remplies. Ils fixent les délais maxima dans lesquels doivent être accomplies les formalités administratives préalables au paiement et sanctionnent la non observation de ces délais.

En définitive, ce décret donne aux maisons ayant traité avec l'Etat l'assurance que le rythme des paiements qui leur seront faits sera désormais lié au rythme avec lequel elles s'acquitteront elles-mêmes des obligations de leur contrat.

L'article 3 du décret précise que tout marché dont le délai d'exécution prévu est supérieur à trois mois devra comporter une clause de règlements par acomptes. Le titulaire du marché est autorisé à demander des acomptes au moins tous les trois mois ⁽³⁾.

Pour avoir droit à acompte, il est nécessaire qu'il y ait « service fait ». L'article 4 décide que le service fait sera constaté par un procès-verbal que les Administrations sont tenues d'établir à la demande de l'entrepreneur ou du fournisseur. L'absence de rédaction du procès-verbal du fait de l'Administration, quinze jours après une mise en demeure par lettre recommandée, donne lieu de plein droit à l'ouverture d'intérêts moratoires calculés, jusqu'à l'établissement du procès-verbal à un taux supérieur à

(3) Décret du 2 mai 1938, art. 3, *J. O.*, 3 mai 1938, p. 4961.

1% au taux d'escompte de la Banque de France, sur le montant des droits à acomptes ou à paiement ultérieurement reconnus.

Dans les soixante jours qui suivent l'établissement du procès-verbal de constatation du service fait, l'entrepreneur doit recevoir les sommes qui lui sont dues, ou être avisé des motifs pour lesquels ces sommes ne peuvent lui être versées en tout ou en partie.

Après un délai de trois mois à compter de l'établissement du procès-verbal, tout retard imputable à l'Administration donne lieu de plein droit à l'ouverture d'intérêts moratoires, calculés jusqu'au paiement, à un taux supérieur de 1 % au taux d'escompte de la Banque de France, sur les droits à acomptes ou à paiements.

Les cautionnements définitifs sont libérés à concurrence du montant des retenues effectuées lors du paiement de chaque acompte ⁽⁴⁾.

Le décret du 2 mai prévoyait dans son article 7 que ces dispositions pourraient être étendues par décret aux marchés des collectivités autres que l'Etat et des établissements publics.

Ce décret a paru : c'est le décret du 14 juin 1938. L'article 7 est ainsi conçu :

« Tout marché de fournitures ou de travaux des offices et établissements publics nationaux doit comporter... » ⁽⁵⁾.

Ces deux décrets sont venus assouplir d'une façon considérable le système du règlement des marchés

(4) Art. 5, décret du 2 mai 38, *J. O.*, 3 mai 38, p. 4961.

(5) Décret du 14 juin 1938, art. 7, *J. O.*, 17-6-38, p. 6872.

administratifs. Reste à savoir la manière dont ils seront appliqués.

Les entrepreneurs se font déjà l'écho de certaines difficultés rencontrées dans la réception des travaux, difficultés provenant de l'autorité qui est chargée de les recevoir. Ces autorités se montreraient plus difficiles lorsque l'entrepreneur a exigé de l'Administration des paiements réguliers. Le fait de mettre en marche le système organisé par le décret du 2 mai 1938 n'aura-t-il pas pour conséquence d'indisposer davantage l'Administration qui a conclu le marché, et indirectement d'indisposer l'autorité chargée de constater l'état des travaux et donc de retarder la réception ?

C'est du moins ce que craignent certains petits entrepreneurs. La pratique seule pourra dire si leurs craintes sont ou non justifiées.

Les décrets du 2 mai et du 14 juin 1938 ont tenté d'apporter un remède à la lenteur dans le paiement des acomptes par les collectivités débitrices. Dès 1935, l'attention du législateur avait été attirée par les difficultés rencontrées par les entreprises dans l'exécution des marchés passés avec l'Etat : ces difficultés provenaient déjà des retards dans les paiements et entraînaient des gênes très sérieuses dans les trésoreries de ces entreprises.

Par suite de la crise économique actuelle, une nécessité urgente s'était faite sentir de venir en aide aux entreprises. Sur la demande des entrepreneurs eux-mêmes, les établissements de crédit avaient été appelés à financer les marchés de travaux publics,

en avançant aux entrepreneurs les sommes dues par l'Administration, sommes qui étaient indispensables à la continuation des travaux, et que l'Administration ne pouvait verser.

Nous allons voir maintenant les différents moyens que la pratique avait développés, et qui étaient utilisés avant le décret du 30 octobre 1935 et le système nouveau que ce décret a établi.

DEUXIEME PARTIE

Du Financement des Marchés par les Etablissements de Crédit

L'importance prise par l'Etat et les grandes collectivités publiques dans le monde moderne est un trait significatif de l'époque actuelle. Les services et monopoles de tous ordres se sont développés, et, par la tendance à la nationalisation, sont portés à s'accroître ; accroissement aussi du nombre des marchés mis en adjudication.

Or, les entrepreneurs et fournisseurs de l'Etat et des collectivités publiques font, par nécessité professionnelle, crédit à l'Etat et aux collectivités, dans la mesure où les cahiers des charges leur imposent des délais pour la réception et le règlement des travaux effectués.

Nous avons vu combien les retards dans le paiement des acomptes étaient fréquents et préjudiciables aux entrepreneurs. La trésorerie des entreprises est intimement liée à celle de l'Etat. Que le crédit de l'Etat vienne à diminuer, la trésorerie de ses fournisseurs fléchit avec lui. Les moyens financiers des entrepreneurs sont incapables de faire face aux besoins de crédit de l'Etat moderne.

Devant une situation de fait difficile, les entrepreneurs ont cherché une solution, et se sont adressés naturellement aux établissements qui sont chargés de distribuer le crédit, aux banques, et leur ont demandé de financer les marchés que l'Etat et les Administrations étaient dans l'impossibilité matérielle de finan-

cer normalement. Mais une question s'est posée : celle des garanties à fournir aux prêteurs, qui, par l'emploi de fonds dont ils doivent rendre compte, fournissent les moyens financiers permettant d'exécuter les marchés commandés par l'Etat.

La nécessité est créatrice : les entrepreneurs ont fait appel aux ressources des garanties conventionnelles du droit commun, et de là est né l'usage de la « délégation de marché ». Toutefois, l'expérience a montré combien cette garantie était incomplète et souffrait de défaillances ; elle a vu se dresser contre elle les syndics de faillite et les liquidateurs, l'Etat lui-même dans la défense de ses privilèges ; la jurisprudence hésita parfois passagèrement à en reconnaître la validité. C'est alors, qu'ayant égard aux besoins des collectivités publiques et des entreprises, le législateur de 1935 établit un statut nouveau de délégations de marchés administratifs, qui eut pour objet de donner des sûretés à ceux qui financent l'exécution de ces marchés. Ce décret fut lui-même complété par un nouveau décret du 25 août 1937.

La nécessité devenant toujours plus impérieuse, les besoins commerciaux de l'Etat ne cessant de croître, de nouveaux moyens de mobilisation et de garantie des créances résultant des marchés publics ont paru utiles, et, le 19 août 1936, fut promulguée la loi portant création d'une Caisse Nationale des Marchés de l'Etat et des Collectivités et Etablissements Publics.

Nous allons donc voir ici les différentes garanties que les prêteurs sur marchés publics trouvaient dans

les « délégations de droit commun », avant le décret du 30 octobre 1935.

Nous étudierons ensuite le nouveau système de garanties organisé par le décret-loi et par celui qui le complète, décret du 25 août 1937.

Enfin, nous parlerons de la Caisse Nationale des Marchés de l'Etat : son but, son fonctionnement, les résultats qu'elle a donnés, les difficultés d'application qui se sont présentées.

Avant d'aborder cette étude, il est bon de rappeler que, si les banques et établissements de crédit ont vu développer leurs attributions dans cet ordre d'idées, cela provient uniquement d'une déficience de l'Etat, d'un déséquilibre entre ses besoins et ses possibilités. Les banques jouent un rôle très important, qui peut être critiqué, dans la mesure où il favorise la prodigalité de l'Etat, mais qui est de premier ordre, puisqu'il consolide le crédit de l'Etat, et qu'il permet de réaliser des travaux intéressant la communauté tout entière.

De toute façon, puisque l'Etat ne peut pas financer ses propres marchés, on doit accorder aux banques la possibilité de fournir, dans ce domaine devenu si important de l'économie nationale, un concours plus actif, dans des conditions de sécurité compatibles avec leurs obligations à l'égard de l'épargne.

CHAPITRE PREMIER

LES GARANTIES POSSIBLES EN DROIT COMMUN

La « délégation de marchés » a été le procédé auquel a eu recours la pratique bancaire pour donner une garantie aux bailleurs de fonds.

L'expression « délégation de marchés » est assez impropre, et pour la clarté de cet exposé, avant d'aborder l'étude de la question elle-même, il est nécessaire de donner quelques précisions de terminologie.

Il est généralement admis, en ce qui concerne la nature de l'opération, qu'il s'agit d'un nantissement de créance. Dans le cas qui nous intéresse, marché administratif, la créance est celle résultant du marché. Il n'y a pas de délégation proprement dite, car il n'y a pas engagement direct de l'Administration (du client) envers le banquier. Il s'agit plutôt d'un nantissement ; d'ailleurs, ce qui est affecté en nantissement, ce n'est pas le marché lui-même, mais la créance résultant du marché (1).

L'opération, que l'on a pris l'habitude de désigner

(1) Un lien étroit subsiste cependant entre la créance et le marché.

couramment sous le nom de « délégation de marchés », pourrait être appelée d'une façon moins impropre « nantissement de créances » ou simplement « nantissement de marchés » comme le fait le décret-loi du 30 octobre 1935.

Le nantissement de marché a pour objet d'établir un droit privilégié au profit du prêteur sur les sommes qui seront dues par la collectivité publique contractante par suite de l'exécution du marché.

Nous allons voir quels étaient les différents procédés qui pouvaient être utilisés en droit commun pour garantir le bailleur de fonds, et le seul qui, finalement, a été retenu dans la pratique : la mise en nantissement des créances résultant, ou devant résulter de l'exécution des marchés.

I. — DIFFERENTS PROCEDES POSSIBLES

1° CESSIION DE CRÉANCE

Aux termes des articles 1689 et suivants du Code civil, le titulaire d'un marché peut céder en toute propriété à un tiers sa créance éventuelle sur l'Administration. Dans cette hypothèse, l'intervention de l'Administration n'est pas nécessaire ; mais cette cession comporte obligatoirement la signification par huissier à l'Administration de l'acte de cession.

Ce système a l'avantage de permettre la réalisation de certaines opérations d'avances sur marchés. La jurisprudence n'a soulevé à aucun moment l'exi-

gence de la remise du titre au cessionnaire pour la validité de la cession de créance aux yeux des tiers. Il présente cependant un double inconvénient :

— D'après les articles 1693 et 1694 du Code civil, celui qui cède une créance ne garantit que l'existence de la créance, et non la solvabilité de son débiteur, à moins qu'il ne l'ait expressément stipulé. L'insertion dans l'acte d'une clause formelle de garantie de la part du fournisseur permet seule de parer à cette difficulté.

— Le droit d'enregistrement, 1 fr. 50 %, correspond à une charge fiscale onéreuse, qui interdit dans bien des cas l'utilisation de cette formule.

2° ESCOMPTE DE TRAITE

L'acceptation d'une traite par le débiteur et l'escompte de cette traite par le fournisseur sont les procédés usuels et les formules par excellence du crédit, dès lors que la fourniture a eu lieu ou que les travaux ont été exécutés. Mais les règles et les usages de la comptabilité publique ne permettent pas l'acceptation d'une traite ni même le paiement, par les comptables publics, d'une traite dont les services intéressés auraient reconnu devoir le montant. Seuls les ordonnateurs ont qualité pour délivrer les mandats de paiements qui seront réglés par les comptables dans les formes déterminées.

3° PAIEMENT PAR SUBROGATION

La subrogation est aussi une forme de transmission de créance. Mais, en notre matière, cette moda-

lité apparaît moins souple que la cession ou le nantissement ; la subrogation, en effet, ne peut porter que sur les créances nées et actuelles au moment du paiement subrogatif, tandis qu'il est loisible de céder ou de donner en nantissement commercial, non seulement une créance actuelle venue à échéance et déjà définie dans son montant, mais la créance existant dans son principe seulement qui résulte d'un contrat de travaux ou de fournitures, et dont le montant sera chiffré par application aux travaux exécutés des prix stipulés au marché.

Le fait que la subrogation ne comporte point normalement le maintien de la garantie du subrogeant, c'est-à-dire du fournisseur, et que, dans le silence des conventions, le fournisseur, s'il n'a été que partiellement désintéressé, possède pour le surplus de sa créance un droit de préférence par rapport au prêteur subrogé, ne serait point un obstacle à l'emploi de ce procédé de transmission de créance, dès lors que les stipulations contraires sont licites. Mais la nécessité de l'enregistrement au droit de 1 fr. 50 % a fait écarter encore ce système.

4° LA DÉLÉGATION DE L'ARTICLE 1275 DU CODE CIVIL

Cet article définit la délégation comme le contrat par lequel le débiteur (en l'espèce le fournisseur) donne à son créancier (banquier) un nouveau débiteur (l'Etat) qui s'oblige envers le créancier.

Ce système est inutilisable en la matière puisqu'il suppose que l'Etat intervienne pour s'obliger envers

un nouveau créancier, chose incompatible avec l'usage et avec les principes d'irresponsabilité administrative.

II. — LE SEUL PROCÉDE EMPLOYÉ DANS LA PRATIQUE

La seule « délégation » de marchés qui serve, dans la pratique, de garantie au financement des marchés publics est le « nantissement de créance ». Le grand avantage de ce procédé est d'ordre fiscal: seul un droit fixe, actuellement de 30 francs, est perçu.

1° LES TEXTES

Conformément à l'article 2075 du Code civil, le nantissement ne s'établit sur les créances mobilières que par actes enregistrés et signifiés au débiteur de la créance donnée en gage. L'article 2076 ajoute que « dans tous les cas le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu avec les parties ». Les articles 91 et 92 du Code de Commerce ne dérogent pas en ce qui concerne les nantissements commerciaux de créances (ceux de notre espèce) aux dispositions du nantissement civil.

2° CONDITIONS DE FOND ET DE FORME

En résumé, le nantissement exige : un acte dûment enregistré ; que cet acte soit signifié au débiteur de

la créance ; enfin, que le gage soit mis en la possession du créancier nanti.

a) Nous n'insisterons pas sur la question de la rédaction et de l'enregistrement de l'acte ; les règles ordinaires trouvent ici leur application.

Nous signalerons simplement que l'enregistrement peut être fait au droit fixe, ce qui évite des frais.

b) *La signification.* — En ce qui touche la signification, comme en ce qui concerne la dépossession du débiteur, des particularités sont à souligner en matière de nantissement de marché. D'une part, dès lors qu'il s'agit de l'Etat, des règles particulières sont applicables à la signification. Aux termes de l'article 13 de la loi du 9 juillet 1836, toutes saisies-arrêts, oppositions, significations de cessions ou transports de sommes dues par l'Etat devront être faites à peine de nullité, non auprès des ordonnateurs, mais entre les mains des payeurs sur la caisse desquels les ordonnances ou mandats seront délivrés. D'autre part, la loi du 12 juillet 1905 prévoit que toutes oppositions ou cessions signifiées à un comptable des deniers publics devront rester déposées jusqu'au lendemain à la caisse où elles auront été faites, en vue de la formalité de visa, celui-ci devant être délivré le lendemain. La jurisprudence de la Cour de Cassation sanctionne par la nullité le défaut de visa à bonne date.

Les dispositions des textes précédents qui visent expressément les cessions de créances sont certaine-

ment applicables à la mise en nantissement, qui nécessite les mêmes formalités de signification.

On observera au surplus que, pour les marchés administratifs, il faut autant de significations que de payeurs éventuels. Le cas s'est présenté, pour un marché de fournitures générales conclu avec l'Administration Industrielle des Tabacs, de la nécessité de signification à plus de dix comptables assignataires.

c) *Remise du titre.* — La doctrine affirme que la dépossession du débiteur est réalisée par la seule signification ; mais se fondant sur la lettre de l'article 2076 du Code civil, la jurisprudence soumet la mise en nantissement de créances à plus de formalités que la cession définitive, et considère comme indispensable à la validité du nantissement la remise du titre de créance entre les mains du nanti ou d'un tiers.

Les tribunaux ont donc été amenés à définir quel était le titre de créance dont la remise entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu réaliserait la dépossession du débiteur.

S'il s'agissait du nantissement d'une créance ordinaire, il n'y aurait pas de difficultés : la remise du gage se ferait par la remise du titre de créance lui-même.

Mais, peut-il en être de même lorsqu'il s'agit de nantissement de marchés ? Où est ici le titre de créance ?

Pendant longtemps on a pratiqué les délégations de marché en remettant au créancier le marché lui-même considéré comme titre de créance. Ce système

sans être parfait a néanmoins fonctionné pendant un certain temps d'une manière assez satisfaisante. Mais bientôt des décisions de tribunaux de commerce en nièrent la validité⁽²⁾.

La Cour d'Appel de Paris a pris très nettement position contre cette jurisprudence consulaire. Un arrêt du 4 avril 1935, réformant un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine (30 mars 1933) a confirmé la validité du nantissement. L'arrêt de la Cour de Paris a précisé :

« Les marchés originaux remis entre les mains du créancier sont bien le titre qui constitue la créance et en constate l'existence ; les ordonnances ou le mandat émis au fur et à mesure de l'exécution des travaux et de l'épuration des comptes ne sont que des pièces comptables, des moyens administratifs de paiement délivrés en vertu des stipulations du titre constitutif de créance, c'est-à-dire du marché de travaux. »

Le nantissement vient, dans la pratique, appuyer un solde éventuel de compte courant, disposition qui procure les avantages fiscaux et juridiques de la fusion de toutes les opérations en un solde sur lequel porte la garantie du nantissement. La signification

(2) Jugement du 8 juillet 1930 : Banque Nationale pour le Commerce contre Société Industrielle d'entreprise électrique : « ... il est constant qu'en l'espèce, les créances données en gage n'étaient assorties d'aucun titre, et que les marchés dont s'agit... ne pouvaient suffire à eux seuls à constituer la Société Industrielle d'entreprise électrique créancière des Syndicats dénommés, ces marchés ne lui conférant qu'un droit à l'exécution de travaux déterminés et à des paiements établis sur des devis provisoires ». Jugement du Tribunal de Commerce de la Seine, 30 mars 1933.

devra mentionner la stipulation intervenue entre les parties que les paiements de l'Administration seront faits à la caisse du banquier prêteur, au crédit du compte courant du fournisseur. Ce compte enregistrera notamment d'une part, les sorties de fonds résultant des avances du banquier, et d'autre part, les rentrées provenant des paiements administratifs.

3° LA VALEUR DE LA GARANTIE

La jurisprudence a donc reconnu la légalité du système du nantissement. Mais certaines difficultés subsistent.

Et d'abord, il y a les difficultés qui tiennent au marché lui-même ; en donnant son marché en nantissement, l'entrepreneur ne peut faire disparaître les causes qui rendent sa créance incertaine dans son montant. M. Derode développe ainsi cette idée ⁽³⁾ :

« Le créancier nanti, et c'est le principe même du nantissement en droit commun, ne saurait avoir plus de droits que le propriétaire de la créance qui lui est remise en nantissement ; il prend en gage cette créance telle qu'elle se comporte et se comportera. Le banquier court donc les risques de détérioration de la créance. »

Si l'on examine ces risques, non pas d'après leur aspect juridique, mais d'après leurs conséquences pratiques, on peut les classer sous trois rubriques :

(3) E. Derode : Les délégations de marchés, dans les études pratiques de droit commercial, 3^e année, n° 2, p. 170.

a) L'Administration ne paie rien, ou ne paie qu'une partie de ce qui était prévu ;

b) L'Administration paie, mais en d'autres mains que celles du banquier ;

c) L'Administration paie le banquier avec retard.

a) *L'Administration ne paie pas ou ne paie que partiellement :*

Un premier motif de non paiement, signalé seulement pour mémoire, est celui d'une défaillance financière de l'Administration. Pour réduire ce risque au minimum, les avances ne devraient être consenties que sur des marchés passés avec des collectivités de solvabilité incontestable, et dont le régime financier et administratif comporte un mécanisme strict et précis pour le règlement des dettes exigibles.

L'Administration peut refuser de payer si, pour une raison quelconque, le marché n'est pas exécuté ou l'est dans des conditions défectueuses. Le risque couru sur ce point varie essentiellement suivant la qualité professionnelle du fournisseur et suivant la nature et les difficultés techniques du travail ou des fournitures commandées.

Il appartient au banquier de n'accorder son crédit qu'aux entrepreneurs qui le méritent : le banquier avant d'accepter une délégation de marché doit apprécier les qualités professionnelles de son client. Cet examen est nécessaire même s'il s'agit de travaux réceptionnés, étant donné le risque de pénalité qui subsiste toujours. Le client, d'autre part, doit faire l'ob-

jet d'une étude au point de vue financier. D'ailleurs, le fait de limiter les avances au montant des travaux officiellement réceptionnés, couvre en partie ce risque couru par le banquier.

L'Administration peut, dans la mesure où les contrats comportent des clauses de cette nature, résilier les marchés. Seule la lecture attentive du marché, et la limitation très stricte des avances, dans le cas où il existe des clauses de résiliation formelle, aux seuls travaux réceptionnés, peut protéger le banquier contre ce risque.

L'Administration peut enfin, tout en ayant réceptionné les travaux ou fournitures, ne les payer que partiellement, par suite par exemple de la retenue d'une certaine somme destinée à remplacer le cautionnement définitif, ou par suite d'une révision des prix, enfin pour cause de malfaçons. Un examen attentif du marché permet de déterminer s'il comporte l'une ou l'autre des premières causes de réduction, et de chiffrer au moment de la réception des travaux, la somme nette que doit toucher le client. Par contre il est impossible de se protéger contre une pénalité éventuelle pour malfaçon tant que l'intégralité du travail ou de la fourniture n'est pas réceptionnée définitivement. En fait, pour atténuer ces risques, les banques ont pour coutume, tout en ne prêtant qu'à des fournisseurs dont la qualité technique est éprouvée, de n'avancer qu'un certain pourcentage des sommes à recevoir.

b) *L'Administration paye, mais les fonds ne viennent pas entre les mains du banquier nanti* : cela peut provenir de plusieurs causes :

1° La signification de la délégation faite au banquier a été tardive. Nous avons vu que la délégation devait être signifiée par huissier à l'Administration, pour rendre les droits du banquier opposables aux tiers. Si un créancier quelconque de ce fournisseur a signifié à l'Administration une cession ou une opposition avant la signification du banquier, il est certain que cette dernière signification se trouvera périmée. Il est bon de demander au titulaire du marché, avant tout décaissement, l'assurance qu'il n'a consenti aucune cession antérieure et que les sommes qui lui sont dues ne sont pas frappées d'opposition. Au surplus, en même temps que la signification de la convention est faite au comptable compétent de l'Administration, qui doit viser l'original, il importe de demander à ce fonctionnaire un état des significations et oppositions qui grèvent le marché. Il convient d'ailleurs que le banquier fasse une enquête sur la moralité de l'entrepreneur avant d'accepter le nantissement.

2° La signification est irrégulière : elle n'a pas été faite au comptable chargé des paiements.

3° Le titulaire du marché tombe en faillite : dans ce cas le banquier peut voir discuter sa garantie, lorsque les délégations et cessions en pleine propriété ainsi que les transferts en garantie ont été consentis pendant la période suspecte pour couvrir une dette antérieurement contractée, même si cette dette ré-

sulte uniquement de la position débitrice d'un compte courant. Dans ce cas, les délégations, cessions ou transferts peuvent être déclarés nuls.

4° La créance n'existe pas au moment du transfert en garantie. Un nantissement, dont le transfert en garantie n'est qu'une des formes, ne peut exister légalement que s'il y a une dette garantie. De ce principe incontestable, certains auteurs ont tiré la conclusion qu'un gage est sans valeur si, au moment de sa constitution, le constituant n'est pas débiteur du bénéficiaire de la garantie. Il ne semble pas qu'il y ait de jurisprudence dans ce sens. Par contre, la grande majorité de la doctrine et quelques décisions de justice admettent la validité d'un gage constitué pour garantir une obligation future ou même simplement, par exemple, une ouverture de crédit, du moment qu'il existe un engagement de la part du bénéficiaire de la garantie. Les banques se conforment en général à cette interprétation en rattachant le gage constitué à un compte courant préexistant qui peut, par essence, comporter des positions débitrices susceptibles d'être couvertes par une garantie. Cette pratique a été déclarée valable par la Cour d'Appel de Paris le 4 avril 1935. Il est également possible, dans le cas où le banquier n'est pas en relation de compte courant avec le client, d'insérer dans l'acte une convention d'ouverture de crédit, mais celle-ci entraîne la perception du droit proportionnel d'enregistrement.

5° Il existe des créanciers privilégiés qui priment

les droits du créancier nanti. Voici les différents privilèges, qui s'exercent dans l'ordre indiqué :

— Frais de justice : ce privilège n'est cité que pour mémoire en raison du faible montant pour lequel il est susceptible d'intervenir.

— Trésor : les créanciers nantis doivent céder le pas aux privilèges généraux s'exerçant sur les biens mobiliers du fournisseur ou de l'entrepreneur. Parmi ces privilèges généraux, les plus redoutables dans la pratique sont ceux du Trésor et des diverses administrations qui, facilement renseignés sur les sommes dues par l'Etat à des contribuables en débet, ne manqueront pas de faire une opposition privilégiée au paiement des sommes dues. On devrait toutefois penser, conformément à l'article 2.098, alinéa 2 du Code Civil, suivant lequel « le Trésor ne peut obtenir de privilège au préjudice de droits antérieurement acquis à des tiers », que les droits du Trésor ne pourraient s'exercer sur un objet ou une créance remis en gage que pour les créances privilégiées dont la formation serait antérieure à la constitution du gage. Mais il convient de constater que la Cour de Cassation dans ses arrêts du 27 juillet 1925 et du 26 octobre 1926, a interprété l'article 2.095 comme un simple rappel du caractère non rétroactif des lois en cas de création de nouveaux privilèges en faveur du Trésor. Pour atténuer dans toute la mesure du possible ce risque, il convient de demander, au moment de l'avance, au titulaire l'assurance que tous les impôts exigibles sont payés.

— Propriétaires qui ont subi un dommage par suite

de l'occupation de leurs terrains pour l'exécution de travaux publics. Ce privilège a été créé par une loi du 29 décembre 1892. D'après la majorité des auteurs, il disparaît en cas de cession ou délégation de la créance par l'entrepreneur. Mais sur ce point également il n'est pas inutile de se prémunir: avant de faire les avances, il est prudent de rechercher dans quelles conditions les travaux ont été exécutés, et s'ils ont entraîné des dommages justifiant une demande d'indemnité.

— Privilèges spéciaux aux marchés de travaux publics ou de fournitures de la guerre. « Pour les ouvrages exécutés pour compte de la nation » ⁽⁴⁾, pour « tous travaux ayant le caractère de travaux publics » ⁽⁵⁾, c'est-à-dire en fait pour tous les travaux commandés par une Administration, par une collectivité publique quelconque et par des concessionnaires de services publics, les ouvriers des entrepreneurs et fournisseurs de matériaux et autres objets ayant servi à la construction des ouvrages peuvent faire une opposition primant toute autre opposition sur les sommes à provenir de l'exécution du marché auquel ils ont collaboré. La jurisprudence a étendu le bénéfice de cette disposition aux sous-traitants.

Pour les marchés de fournitures avec l'Administration de la Guerre, le décret de Posen de 1806 donne aux sous-traitants (préposés ou agents) des fournisseurs du service de la Guerre un privilège sur tous les fonds qui sont dus au fournisseur principal et

(4) Décret de Pluviose, An II.

(5) Loi du 25 juillet 1898.

même sur le cautionnement déposé par celui-ci. Les bénéficiaires doivent faire valoir leurs droits dans les six mois suivant le trimestre pendant lequel leurs livraisons ont été faites, en déposant leurs pièces de créance auprès du commissaire ordonnateur intéressé. La remise au payeur qualifié du bordereau qui leur est délivré par l'ordonnateur vaudra opposition auprès de celui-ci.

En pratique, le fait de ne consentir des avances que pour des travaux et fournitures réceptionnés couvre dans une certaine mesure le banquier contre le jeu de ces privilèges. Au moment de la réception, il est aisé de savoir sur place si les ouvriers et agents ne sont pas payés. Il faut, par contre, rechercher avec soin s'il existe des sous-traitants ou des fournisseurs, et s'assurer qu'ils ont été payés, à moins que le client ne jouisse par lui-même d'un crédit suffisamment établi pour qu'il soit possible de lui faire confiance pour ce règlement.

En raison de la portée extensive du décret de Posen, qui s'applique à toutes sommes dues au fournisseur, il a été parfois soutenu que le privilège des sous-traitants des fournisseurs de la guerre pouvait porter non seulement sur les sommes afférentes au marché auquel ils avaient collaboré, mais même sur les créances résultant de l'exécution d'autres marchés auxquels ils étaient restés étrangers.

Par une disposition de caractère général et qui vaut, quelle que soit la forme de nantissement adoptée pour le financement d'un marché, le décret du 30 octobre 1935 a précisé (article 12) que « le privi-

lège institué par le décret du 12 décembre 1806 au profit des sous-traitants, préposés et agents de l'Administration de la Guerre » ne peut être exercé sur les sommes afférentes à un marché que pour sûreté des sommes dues par le fournisseur en raison de l'exécution du marché. Notons également que ce texte, en rappelant, sous formule extensive, que le privilège est institué au profit des fournisseurs de l'Administration de la Guerre, apporte une confirmation à l'opinion dominante suivant laquelle le privilège de Posen, qui, comme tout privilège, doit être appliqué de façon restrictive, ne saurait bénéficier aux fournisseurs de la Marine, qui n'avaient pas été mentionnés dans le décret de 1806. Notons par contre qu'un décret du Ministère de l'Air du 22 janvier 1937 a considéré que le privilège de Posen pouvait être revendiqué par les sous-traitants de son département.

Par une autre disposition également applicable dans tous les cas, et valable, qu'il y ait ou non nantissement, le décret-loi de 1935 a, par son article 8, entendu limiter l'exercice des privilèges de pluviose (travaux publics) et de Posen (fournitures de la Guerre) aux fournisseurs et sous-traitants qui justifieront avoir été agréés comme tels par l'autorité compétente. Cette disposition met fin à une épineuse controverse de jurisprudence sur la définition du sous-traitant, et elle permet d'organiser la publicité de ces privilèges et de remédier au grave inconvénient résultant jusqu'à présent de leur caractère occulte. En effet, l'article 8, alinéa 2, prévoit que « les agréments donnés seront portés sur un registre tenu par l'auto-

rité chargée de l'enregistrement et qui sera communiqué par elle à tous les intéressés ». Les conditions de l'enregistrement et les règles concernant l'établissement de ce registre ont été fixées par des décrets contresignés par les ministres intéressés.

Mais depuis, le décret-loi du 25 août 1937 a apporté au texte de 1935 une précision nécessaire. Il a, par additif à l'article 8, alinéa 1, du décret de 1935, tiré la conséquence logique du principe nouveau de la publicité de ces privilèges spéciaux en spécifiant que, seuls seraient valables à l'encontre des créanciers nantis, les droits des fournisseurs et sous-traitants dont la décision d'agrément aurait été inscrite sur le registre administratif avant qu'aucune signification de nantissement n'ait été effectuée. Le décret du 12 décembre 1806 est donc devenu caduc en ce qu'il prévoyait que « le privilège du fournisseur s'exercera nonobstant toute cession antérieure. »

c) Nous avons vu que le créancier nanti courait le risque de ne pas être payé par l'Administration, ou d'être payé partiellement ; nous venons de voir que le paiement peut être fait en d'autres mains que celles du créancier nanti. Il nous reste à étudier *les risques lorsque l'Administration paie avec retard* : dans ce cas, les risques sont beaucoup moins grands, puisqu'en cas de défaillance du client, ils se réduisent à une perte d'intérêts. Le retard peut être imputable à la collectivité débitrice qui n'a pas reçu de crédits utiles ; il peut provenir aussi de l'opposition au paiement faite par d'autres créanciers du titulaire du marché après la signification de transfert au pro-

fit de la banque. Tant que les procès résultant de ces oppositions ne sont pas réglés, le comptable peut refuser de verser les fonds au créancier nanti, quels que soient ses droits.

Etant donné tous les risques courus par les créanciers nantis, en général des banquiers, risques qui se trouvent accrus par le fait que les établissements nantis sont appelés à se porter caution pour leur débiteur (cautionnement définitif, caution pour acomptes, pour garantie), la plus grande prudence était de rigueur ; les garanties étant trop souvent incomplètes et peu sûres, les banques refusaient d'avancer des fonds sur délégation de marchés.

CHAPITRE II

LE DECRET-LOI DU 30 OCTOBRE 1935

La situation faite aux banques, qui s'employaient au financement des marchés publics, ou à l'épargne (ce qui revient au même) était peu encourageante. Le nantissement de marché en droit commun présentait encore bien des aléas. Les pouvoirs publics s'en étaient rendu compte, et l'exposé des motifs du décret-loi du 30 octobre 1935 précise les raisons de la modification apportée au système du droit commun :

« En premier lieu, les règles administratives en vigueur ne prévoient pas le concours des ordonnateurs et des comptables, qui, seul, permettrait aux banques de trouver dans l'affectation des marchés en nantissement une garantie suffisamment sûre et un procédé aisément utilisable.

« D'autre part, la régularité juridique de telles affectations en nantissement, longtemps discutée, n'a été que récemment reconnue par la jurisprudence, et risque d'être parfois contestée à nouveau.

« En outre, la mobilisation de la créance garantie par le nantissement rencontre des obstacles juridiques et administratifs. »

Ces divers inconvénients, est-il ajouté, sont de nature à accroître le prix des travaux et fournitures, à rendre nécessaire le versement d'acomptes plus importants, éventuellement à compromettre l'exécution des marchés. Ils retombent donc, en définitive, sur les collectivités traitantes. C'est pourquoi le décret cherche à les atténuer. ' .

Il est à remarquer que le décret tend plutôt à accorder des facilités à l'Administration, qu'à favoriser les entrepreneurs. C'est pour épargner aux Administrations d'avoir à verser des acomptes plus importants, bien plus que pour aider les entrepreneurs, que le décret édicte les règles juridiques exorbitantes du droit commun que nous allons étudier. Était-ce bien le but, et surtout le seul but qu'il fallait poursuivre?

Nous allons voir maintenant les différents principes généraux qui constituent l'économie du décret du 30 octobre 1935. Nous dirons quelques mots aussi de l'instruction du 8 mai 1937 ⁽¹⁾ signée par le Ministre des Finances, ayant pour objet l'application du décret-loi précité, et enfin, du nouveau décret du 25 août 1937 ⁽²⁾.

I. — CONDITIONS D'APPLICATION DU NOUVEAU REGIME

1° *Portée du décret du 30 octobre 1935.* — Seuls bénéficieront du nouveau régime les marchés administratifs, c'est-à-dire, selon l'énumération même

(1) *J. O.*, 13 mai 1937.

(2) *J. O.*, 26 août 1937, p. 9779.

de l'article 1^{er} du décret-loi, les marchés de travaux publics ou de fournitures passés par l'Etat ou par les départements, communes, établissements publics, l'Algérie, les colonies, les pays de protectorat, les territoires sous mandat, ou par les entreprises concessionnaires ou subventionnées assurant un service public, visées par le décret du 16 juillet 1935.

Le nouveau régime n'est donc pas applicable aux marchés conclus avec des particuliers ou des sociétés privées ; ceux-ci restent soumis, pour leur éventuelle affectation en nantissement, aux règles du droit commun telles que les a consacrées l'arrêt de Paris du 4 avril 1935 et à l'égard desquelles le législateur a déclaré très nettement n'avoir entendu innover sur aucun point (3).

2° *La clause spéciale, les avenants.* — Le décret-loi de 1935 laissait à chaque Administration le soin de décider si un marché était ou non admis à bénéficier du nouveau régime de nantissement (article 1^{er}). Cette décision devait faire l'objet d'une clause spéciale du marché admettant expressément le dit marché au bénéfice du décret-loi. Il était possible que la clause spéciale fût insérée dans un avenant ou un acte additionnel à un marché primitif, qui ne comportait pas cette clause. Dans ce cas, le titulaire du marché ne pouvait revendiquer le bénéfice du régime nouveau que pour les prestations prévues dans cet avenant ou acte additionnel. La clause spéciale insé-

(3) Cf. Rapport au Président de la République précédant le décret.

rée dans un acte de cette nature ne pouvait suppléer à l'absence de la clause spéciale dans le marché primitif.

L'instruction du 8 mai 1938 précisait que le marché devait être admis au bénéfice du décret-loi au plus tard le jour de son approbation.

Le fait que la clause de nantissement devait être expressément accordée à l'adjudicataire au plus tard à la date d'approbation du marché gênait souvent les opérations de financements. Certains titulaires de marchés, en effet, omettaient de demander l'insertion de la clause, et, en raison des fluctuations des prix et des circonstances imprévues que fait naître l'évolution de la vie économique et sociale, nombreux étaient ceux qui étaient amenés par la suite à demander des crédits. Le fait que la clause spéciale ne figurait pas sur leurs marchés rendait leurs recherches difficiles, « car l'affectation des marchés en nantissement dans les conditions du droit commun n'est pas entrée dans les habitudes commerciales en raison notamment des doutes que suscite la validité d'une telle opération » (4).

Le décret-loi du 25 août 1937 est venu remédier à ces difficultés : l'admission au nouveau régime est la règle pour tous les marchés publics dont le prix de base est supérieur à 500.000 francs, et d'office ces marchés doivent contenir une clause indiquant qu'entrepreneur et fournisseur bénéficient des nouvelles dispositions.

(4) Travaux préparatoires du décret-loi du 25 août 37, *J. O.*, 26 août 1937, p. 9779. — Cf. plus haut : risques courus par les créanciers nantis en cas de nantissement en droit commun, p. 69.

Au surplus, même pour les marchés publics d'un montant inférieur à 500.000 francs, l'insertion de cette clause est devenue obligatoire pour l'Administration en cas de demande expresse du titulaire.

Tous les marchés passés antérieurement à la publication du décret-loi d'août 1937 seront obligatoirement admis, si le titulaire en fait la demande avant le 31 octobre 1937, au bénéfice du régime nouveau pour les nantissements futurs dont ils pourront faire l'objet.

On constate ainsi qu'en 1937 la volonté a prévalu de généraliser, pour toutes les Administrations et la plupart des marchés, le nouveau régime de nantissement.

De plus, un décret récent est venu étendre encore le champ d'application de ce nouveau régime : dans son article 14, le décret du 2 mai 1938 décide qu'il ne sera plus nécessaire à l'avenir que le prix de base du marché soit supérieur à 500.000 francs pour que ce marché bénéficie des nouvelles dispositions. Le régime du décret du 30 octobre 1935 devient donc le régime de droit commun pour tous les marchés administratifs ⁽⁵⁾.

3° *Désignation du comptable. — Exemplaire unique.* — Les marchés ressortissant au nouveau régime comporteront obligatoirement l'indication des modalités du règlement et la désignation du comptable chargé du paiement.

(5) Décret du 2 mai 1938, art. 14, *J. O.*, 3-5-38, p. 4962.

Ce comptable, dans le cas d'une entreprise concessionnaire ou subventionnée, sera remplacé par la caisse de l'entreprise elle-même ou par une banque où le paiement sera domicilié. L'autorité compétente devra remettre à l'entrepreneur ou fournisseur un exemplaire spécial du marché revêtu d'une mention dûment signée, comme l'exemplaire, par l'autorité dont il s'agit, et indiquant que cette pièce formera titre en cas de nantissement consenti conformément aux articles 91 du Code de Commerce et 2.075 du Code Civil, et qu'elle est délivrée en unique exemplaire.

II. — CONDITIONS RELATIVES AU NANTISSEMENT LUI-MEME

1° CONDITIONS DE FORME ET DE FOND

Le décret-loi du 30 octobre 1935 précise dans le 1^{er} alinéa de son article 3 que les nantissemments « devront être établis dans les conditions de forme et de fond du droit commun, sous réserve des modifications apportées par le présent décret. »

Rappelons d'abord que les conditions du droit commun sont, en outre de celles résultant des principes généraux du droit civil, la signification d'un acte écrit de nantissement au débiteur de la créance nantie, et la remise au bénéficiaire du nantissement du titre constatant cette créance.

Voyons maintenant les modifications apportées par

la législation nouvelle à ces règles du droit commun.

L'instruction ministérielle du 8 mai 1937 impose aux comptables le soin d'examiner si le nantissement constitué conformément au décret-loi du 30 octobre 1935 satisfait également aux conditions de validité imposées par le Code Civil.

Elle stipule, en outre, que le nantissement doit viser expressément le ou les marchés qui en sont l'objet, ainsi que, le cas échéant, les avenants ou actes additionnels qui complètent le marché primitif ; et elle précise que ce nantissement ne peut porter, d'une façon générale, sur toutes les sommes dues à un fournisseur par une administration quelconque, du chef de travaux ou de fournitures, même s'il est spécifié que les marchés passés ou à passer par ce fournisseur comporteront la clause spéciale.

La même instruction ministérielle admet d'ailleurs que lorsqu'un nantissement déclaré effectué au titre du décret-loi du 30 octobre 1935 ne remplira pas les conditions nécessaires pour donner droit au bénéfice des dispositions de ce texte, il pourra cependant être accepté par l'Administration, mais seulement à titre de nantissement de droit commun.

Voici, d'après M. Jean Escarra ⁽⁶⁾, une formule d'acte de nantissement s'appliquant aux marchés passés avec des administrations publiques :

(6) Principes de droit commercial, avec la collaboration de MM. Ed. Escarra et Jean Rault. Sirey, 1937, tome VI, p. 585.

« Les soussignés,
« La Société X..., d'une part ;
« La Banque B..., d'autre part, ont préalablement à l'affectation en nantissement qui fait l'objet du présent acte, exposé ce qui suit :

EXPOSE

« 1° La Société X... et la Banque B... ont dès avant ce jour, convenu de constater leurs relations d'affaires dans un compte-courant ouvert sous le n° ... dans les écritures de la Banque B...

« 2° a) Aux termes d'un marché n° ..., en date du..., approuvé le..., notifié le..., enregistré à... ;

« La Société X... s'est engagée envers (désignation de l'autorité administrative) à effectuer les travaux (ou fournitures) suivants (désignation des travaux ou fournitures, indication des prix, etc...) ;

« b) Aux termes du marché n°..., en date du..., etc.

« Conformément aux stipulations contenues dans ce marché, l'Etat (département, commune) se libérera des sommes dues en exécution de ce marché en en faisant porter le montant au compte de la Banque B... à la Banque de France.

« Il a été stipulé dans ce marché que la Société X... était expressément admise à effectuer le marché, en nantissement, dans les conditions du décret-loi du 30 octobre 1935, ayant été indiqué que le comptable chargé du paiement était...

« Ceci exposé, il a été convenu ce qui suit :

« A la sûreté et à la garantie de toutes les opérations du compte-courant dont il a été ci-dessus parlé, du paiement de tous effets portant, à quelque titre que ce soit, la signature de la Société X... et escomptés par la Banque B..., du remboursement ou du paiement à la dite banque de toutes sommes qui pourront lui être dues

par suite de toutes cautions qu'elle pourrait donner, et, d'une manière générale, du paiement ou du remboursement de toutes les sommes en principal, intérêts, commissions, frais et accessoires qui pourront être dus à la Banque B... la Société X... affecte, mais à titre de nantissement seulement, toutes les sommes qui lui sont ou pourront lui être dues en raison du marché dans l'exposé ci-dessus.

« Il est expressément convenu que le mode de libération indiqué dans l'exposé ci-dessus ne pourra être modifié que du consentement exprès et par écrit de la Banque B...

« La Société X... déclare formellement qu'il n'a été consenti par elle jusqu'à ce jour aucune délégation, aucune cession, aucun transport, ni aucun nantissement de tout ou partie des sommes faisant l'objet de la présente affectation en nantissement, et qu'il n'existe aucune opposition, ni aucun empêchement quelconque pouvant annihiler l'effet du présent nantissement. A l'appui de sa déclaration elle consent que soient demandés à ses frais et à son nom tous certificats, ainsi que tous états d'oppositions, saisies et transports.

« La Société X... déclare en outre formellement que, en dehors des fournisseurs et sous-traitants inscrits à ce jour sur le registre des agréments tenu par l'autorité administrative, le marché, dont le prix est présentement affecté en nantissement, ne comportera ni sous-traités ni fourniture, d'un montant susceptible de restreindre la portée du présent nantissement.

« La présente affectation en nantissement est consentie et acceptée sans aucune novation, mais, au contraire, sous la réserve formelle de tous les droits et actions de la Banque B... vis-à-vis de la Société X...

« La Banque B... reconnaît que remise lui a été faite par la Société X... de l'exemplaire unique et spécial du

marché, dont il est fait mention à l'exposé qui précède. Cet exemplaire sera remis lors de la signification des présentes à (comptable désigné dans le marché pour effectuer les paiements), conformément au décret-loi du 30 octobre 1935, lequel comptable sera considéré comme le tiers détenteur dans les termes de l'article 2075 du Code Civil.

« La Société X... s'engage à mettre la Banque B... en possession de tous autres titres et documents concernant le marché affecté en nantissement qui lui parviendraient par là suite.

« La Banque B... aura et exercera sur la créance affectée en nantissement par les présentes les droits et privilèges que lui confère la loi.

« Il est bien entendu que le présent nantissement ne préjudicie en aucune manière aux droits et actions de la Banque B... et qu'il n'affecte et ne pourra affecter la nature et l'étendue de tous engagements et de toutes garanties réelles ou personnelles qui ont pu ou pourront être consacrées ou fournies, soit par la Société X..., soit par tous tiers.

« La présente garantie s'ajoute aux garanties personnelles ou réelles qui ont pu ou pourraient être fournies, soit par la Société X..., soit par tous tiers.

« Les présentes seront signifiées conformément à la loi. A cet effet, tous pouvoirs nécessaires sont donnés au porteur de l'un des originaux des présentes.

« Les soussignés déclarent, ès-qualité, évaluer, en tant que de besoin, à... francs le montant maximum des sommes garanties par la présente affectation en nantissement qui pourront être dues à la Banque B... et par la Société X...

« Les droits de timbres et d'enregistrement des présentes, les frais de leur signification, et généralement tous frais, droits, taxes et pénalités, auxquelles elles

pourront donner lieu, ou qui en seront la suite ou la conséquence, seront supportés par la Société X...

« Pour l'exécution des présentes, la Société X... fait élection de domicile à...

« Toutes demandes et significations seront faites à la Banque B... et le tribunal dans le ressort duquel cette banque est située sera seul compétent pour statuer sur tout ce qui concernera l'exécution des présentes, quelle que soit la partie défenderesse.

« Fait en autant d'originaux que de parties plus un exemplaire destiné à être déposé à l'enregistrement, à... le... »

(Signatures.)

2° SIGNIFICATION

Les formalités de signification au comptable seront celles de l'article 2.075 du Code Civil et des articles 13 de la loi du 9 juillet 1836 et 1^{er} de la loi du 12 avril 1922 (signification au Trésor).

Nous ne nous étendrons pas sur les modalités de cette signification qui relèvent directement du Droit Civil, — nous en retiendrons simplement les effets :

1° Interdiction de paiement à tout autre qu'au bénéficiaire.

2° Impossibilité de modification dans la désignation du comptable.

3° Fixation définitive des modalités de règlement.

3° DÉPOSSESSION DU TITRE

En droit commun, et conformément à l'article 2.076 du Code Civil, « le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la pos-

session du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties. »

Ici, l'article 3 du décret précise que la dépossession du gage sera réalisée par le fait que l'exemplaire spécial sera remis au comptable chargé de ce paiement et que ce comptable sera considéré comme tiers détenteur.

L'exemplaire unique du marché sera donc remis au comptable désigné dans le dit marché. En cas de pluralité de comptables assignataires, il y aura autant d'exemplaires spéciaux délivrés que de comptables, chacun de ces exemplaires portant mention qu'il est le seul destiné à former titre entre les mains de tel comptable expressément désigné parmi ceux figurant au marché. La question s'est posée de savoir si cet exemplaire spécial devait être un original ou une copie conforme. En principe, cela doit être un original. Les services ordonnateurs devront donc établir, pour chaque marché, un original spécial. Toutefois, le fait que l'exemplaire spécial qui serait remis au comptable se présenterait sous forme d'une copie conforme ne peut entacher le nantissement de nullité, à condition toutefois que cette copie soit certifiée par l'autorité qui a signé le marché.

La mention apposée sur l'exemplaire spécial ne doit pas être confondue avec la clause spéciale dont il a été question plus haut. Le bénéfice des dispositions du décret-loi résulte de l'insertion de la clause spéciale ; la mention n'est qu'une condition de forme ; sa présence sur l'exemplaire spécial ne saurait suffire à accorder au titulaire du marché le bénéfice du

régime nouveau, si la clause spéciale n'a pas été insérée au marché. Par suite, l'exemplaire spécial devra comporter la clause spéciale, et en outre être revêtu de la mention.

Aucun délai n'est imposé pour la remise aux comptables du ou des exemplaires dont il vient d'être question, mais le bénéficiaire du nantissement ne pourra toucher aucune somme avant que cette remise n'ait eu lieu ⁽⁷⁾.

Il résulte de cette disposition que la remise au comptable désigné de l'exemplaire formant titre n'est pas considérée comme une formalité nécessaire à la validité du nantissement au regard des tiers. La disposition qui vient aussitôt après celle-ci le confirme d'ailleurs expressément lorsqu'elle précise que les paiements seront valablement effectués même dans le cas où, entre la date de la signification du nantissement et la date de la remise de l'exemplaire spécial au comptable assignataire, ce dernier aura la notification d'autres charges ⁽⁸⁾.

Aux termes de l'article 3 du décret-loi de 1935, aucune modification dans la modalité du règlement ne pourra intervenir après signification d'un nantissement ; on devra donc, avant d'apporter à un marché soumis au nouveau régime une modification affectant à un titre quelconque les modalités de règlement, et notamment avant de décider en cours d'exécution que la retenue de garantie cessera de s'accroître

(7) Complément à l'art. 13 du décret du 30-10-35.

(8) Complément à l'art. 4 du décret du 30-10-35.

quand elle aura atteint un maximum déterminé ⁽⁹⁾, s'assurer auprès du comptable chargé du paiement qu'aucun nantissement ne lui a été signifié ⁽¹⁰⁾.

III. — LES PRIVILEGES

Nous renvoyons à ce qui a été dit sur ce sujet à propos des nantissements de droit commun.

Le décret du 30 octobre 1935 ne fait qu'énumérer les privilèges ordinaires ⁽¹¹⁾.

Notons cependant que les privilèges des fournisseurs et sous-traitants sont limités : l'agrément express qui leur a été donné par l'autorité contractante, devra être porté sur le registre des agréments antérieurement à la signification du nantissement au comptable ⁽¹²⁾.

IV. — APPRECIATIONS SUR LE NOUVEAU REGIME

Quels sont les avantages apportés par le nouveau régime ?

En premier lieu, les marchés soumis au nouveau régime contiendront, notamment en ce qui concerne la caisse payante et les modalités de règlement, toutes les mentions propres à faciliter la mise en nantisse-

(9) Art. 45 des C. C. G.

(10) Circ. min. Trav. publics, 5 septembre 1936, ministre Bedouce.

(11) Cf. plus haut p. 73.

(12) Art. 8 du décret 30-10-35. Cf. plus haut, p. 78.

ment, un exemplaire spécial ou un extrait du marché étant dans tous les cas délivré à cet effet. La remise de cet exemplaire spécial évite le risque de délégations de marchés frauduleuses entre les mains de divers créanciers nantis. La désignation obligatoire du comptable compétent évitera bien des recherches au moment de la signification des actes. Le décret-loi confie au comptable payeur le soin de conserver l'exemplaire spécial du marché à titre de tiers détenteur.

1° PAIEMENTS

Le principal avantage est défini par l'article 4 : le bénéficiaire d'un nantissement (nouvelle formule) encaisse seul le montant de la créance ou de la part de la créance affectée en garantie, sauf à rendre compte à celui qui a constitué le gage. — Cet encaissement sera effectué nonobstant les oppositions, transferts et nantissements dont les significations n'auront pas été faites au plus tard le dernier jour ouvrable précédant le jour de la signification du nantissement. — Il faut cependant excepter les requérants qui bénéficieraient d'un des privilèges énumérés plus loin.

Jusqu'à présent, et tout en reconnaissant la validité des nantissements de droit commun ⁽¹³⁾, l'Ad-

(13) Cette validité est affirmée à plusieurs reprises dans l'exposé des motifs du décret-loi de 1935 et dans l'instruction du 8 mai 1937, cette dernière prévoyant que les nantissements, qui ne satisferaient pas aux conditions spéciales du nouveau régime, pourront valoir comme nantissement de droit commun.

ministration n'a point voulu se faire juge des droits en cause, et considère la signification d'un nantissement comme une simple opposition laissant à la justice le soin, s'il y a d'autres oppositions, de départager les parties.

M. Fargeaud, dans une étude sur le financement des marchés administratifs, observe assez justement, à propos de l'article 4 du décret, que le législateur a créé de toute pièce un système juridique original :

« Le bénéficiaire du nantissement encaissera seul le montant de la créance. » D'où vient ce droit ? Comment expliquer cette prérogative ?

De droit commun, en effet, article 2078 du Code Civil, alinéa 1, le créancier ne peut se faire attribuer le gage en propriété que par une décision de justice ; le décret de 1935 n'en parle pas ; la convention connue sous le nom de « pacte comissoire », en vertu de laquelle le créancier non payé à l'échéance demeurerait de plein droit propriétaire du gage, est nulle depuis le droit romain (art. 2078, deuxième alinéa).

M. Fargeaud ajoute : « Les rédacteurs du décret avaient à choisir entre deux solutions :

« Ou bien appliquer au nantissement de marchés publics les règles générales du gage et exiger la réalisation judiciaire de celui-ci, mais c'était contrarier profondément leur développement, même en adoptant les formes simplifiées du droit commercial ;

« Ou bien admettre la substitution complète du créancier nanti à l'entrepreneur vis-à-vis du comptable lors du paiement, ce qui ressuscitait partiellement

le pacte comissoire et risquait de constituer un précédent dangereux.

« La solution adoptée, qui est assez heureuse, tourne la difficulté. Elle s'inspire des deux systèmes et peut s'analyser de cette façon :

« Il n'est pas nécessaire, pour que le créancier nanti puisse toucher directement de l'Administration les sommes à provenir du marché qui lui aura été affecté, que ce créancier obtienne une décision judiciaire, ni même qu'il procède à une simple sommation.

« Il n'y a cependant pas attribution du gage de plein droit à son profit, et il n'est pas non plus un simple mandataire de son débiteur, le titulaire du marché. »

Le bénéficiaire du nantissement encaisse seul les sommes à provenir du marché, sans avoir à justifier à l'Administration du montant de sa créance, qui peut même, s'il s'agit d'opérations en compte courant, n'être pas encore définitivement fixé ; et cependant il ne s'attribue pas le gage ; il ne se paie pas lui-même. Sa qualité se dédouble en quelque sorte, selon qu'il se trouve en présence du comptable ou de son débiteur :

A l'égard du comptable, il encaisse en vertu d'un droit propre résultant pour lui du décret même ; il n'agit pas comme représentant de l'entrepreneur ; il en résulte notamment que le comptable ne pourrait pas lui opposer les exceptions qu'il serait, par hypothèse, fondé à opposer à ce dernier ;

A l'égard de son débiteur, au contraire, le créan-

cier nanti doit rendre compte de ses encaissements selon les règles du mandat, ce qui entraîne pour lui la double obligation d'informer son débiteur de ce qu'il aura touché, de lui restituer la portion touchée excédant sa propre créance.

La situation du créancier nanti est donc nettement définie et celui-ci jouit d'un statut juridique nouveau.

2° CESSIIONS. — SUBROGATIONS

Autre facilité nouvelle donnée au créancier nanti : il pourra, s'il cède tout ou partie de sa créance sur l'entrepreneur au fournisseur, subroger un cessionnaire dans l'effet de son nantissement à due concurrence, l'enregistrement de cette subrogation se faisant au droit fixe de 30 francs.

Il peut arriver en effet, au cours du nantissement, que le bailleur de fonds, c'est-à-dire généralement un banquier, ne veuille pas ou ne puisse pas continuer à faire crédit à l'entrepreneur, soit qu'il ait des appréhensions sur la bonne fin des travaux, par conséquent sur la valeur de sa garantie, soit que, soucieux de la liquidité de sa trésorerie, il désire diminuer le volume de ses engagements.

Il lui sera généralement possible, en pareil cas, de trouver, suivant des conditions variables d'après les circonstances, un autre banquier prêt à se substituer à lui en partie ou en totalité.

Le décret-loi du 30 octobre 1935 sanctionne cette possibilité, mais par une disposition nettement exorbitante du droit commun selon lequel « la vente ou

cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que cautions, privilèges et hypothèques » ⁽³⁴⁾ ; l'article 5 du dit décret décide que « la cession par le bénéficiaire d'un nantissement, de tout ou partie de sa créance sur l'entrepreneur ou le fournisseur, ne privera pas par elle-même le cédant des droits résultant du nantissement.

« Le bénéficiaire d'un nantissement pourra, par une convention distincte, subroger le cessionnaire dans l'effet de ce nantissement à concurrence soit de la totalité, soit d'une partie de la créance affectée en garantie.

« Cette subrogation devra être signifiée au comptable. Elle sera enregistrée au droit fixe de 30 fr. »

Son bénéficiaire encaissera le montant de la part (ou de la totalité) de la créance qui lui aura été affectée en garantie comme l'aurait fait le créancier nanti originaire lui-même, s'il n'avait pas consenti cette subrogation.

En isolant ainsi la créance cédée de son accessoire — le privilège résultant du nantissement — le législateur a voulu faciliter surtout, semble-t-il, la mobilisation sous forme d'effets de commerce des créances sur les entrepreneurs ou fournisseurs de l'Administration garanties par des nantissements de marchés.

Cette mobilisation pourrait être, en effet, de pratique bancaire courante à raison des facilités que présente la transmission des créances selon le droit cambiaire.

(14) Art. 1692 du C. C.

Mais si la cession de créance par la voie d'endossement d'effets est facile à réaliser, certaines difficultés entravaient, avant le décret de 1935, la diffusion de ce genre d'opérations et détournaient en fait les banquiers de ce mode d'investissement de leurs capitaux disponibles : comment transmettre au nouveau créancier se substituant au précédent bailleur de fonds, en même temps que la créance cédée, la sûreté la garantissant, en l'espèce le bénéfice du nantissement conféré sur le marché financé ?

Et surtout, comment obtenir régulièrement du comptable assignataire que ce nouveau créancier prît à son égard la place de celui au profit de qui la signification du nantissement lui avait été faite ?

Sans doute, la cession pouvait-elle lui être signifiée comme l'avait été le nantissement lui-même ; mais elle n'était pas constatée par un acte enregistré, et cette cession résultait dans ce cas, selon les règles du droit commercial, du seul endossement d'une lettre de change acceptée. On pouvait dès lors se demander (comme on s'est posé la question pour le privilège du vendeur de fonds de commerce) si cet endossement comportait de plein droit transmission du privilège ; et si le comptable était tenu d'accepter la signification et d'en tenir compte. Le fisc, d'autre part, ne serait-il pas tenté de percevoir, à l'occasion de cette signification, le droit proportionnel d'enregistrement des cessions de créance, dont le montant élevé aurait suffi à détruire l'économie financière de l'opération en raison des frais dont celle-ci aurait été grevée ?

Autant de questions à la solution desquelles certains praticiens s'étaient employés par des combinaisons ingénieuses, mais compliquées, et sans être parvenus à s'assurer une garantie complète et absolument indiscutable au double point de vue juridique et administratif. D'où l'intervention du législateur qui a nettement scindé l'opération :

D'une part, une convention de cession de créances, qui n'a d'effet qu'entre les parties, et qui pourra être réalisée, par conséquent, soit selon les procédés du droit civil, soit selon ceux du droit commercial, et plus spécialement du droit cambiaire ; elle restera ignorée de l'Administration qui n'a pas à en connaître les clauses ni les modalités.

D'autre part, une convention expresse de subrogation, ne contenant que cette subrogation même, au profit du cessionnaire de la créance, dans le privilège de nantissement précédemment conféré au cédant ; la loi précise expressément qu'elle sera enregistrée au droit fixe de 22 fr. 50, depuis 30 francs ; il va de soi qu'elle devra être aussi rédigée sur papier timbré conformément au droit commun ⁽¹⁵⁾.

C'est cette convention distincte de subrogation, et elle seule, qui sera signifiée au comptable ; celui-ci n'aura rien d'autre à connaître.

On ne peut encore qu'approuver cette innovation du décret, qui, en facilitant l'escompte ou le réescompte, total ou même simplement partiel, des effets créés pour mobiliser les avances consenties aux en-

(15) Instr. Gén. de l'Enregistrement, 22 nov. 35.

trepreneurs et fournisseurs des services publics, courra puissamment à favoriser la pratique de ces avances.

Il importe aux intéressés, et le cas échéant à leurs notaires et à leurs conseils, de se conformer soigneusement aux nouvelles prescriptions en ne manquant pas d'accompagner leurs cessions de créances, qu'elles résultent d'un acte civil ou d'un simple endossement d'effets de commerce, d'une convention distincte de subrogation à signifier au comptable qualifié, faute de quoi celui-ci serait fondé à ne vouloir connaître, pour effectuer ses paiements, que le créancier originaire mentionné dans la signification du nantissement lui-même.

3° DROIT DE CONTRÔLE DU CRÉANCIER NANTI

L'article 6 prévoit que les bénéficiaires des nantissements ou des subrogations pourront, au cours de l'exécution du marché, requérir de l'Administration un état sommaire des travaux et fournitures effectués, le décompte des droits constatés au profit de l'entrepreneur et des fournisseurs, et l'état des acomptes déjà mis en paiement. Le fonctionnaire chargé de fournir ces divers renseignements doit être désigné dans le marché. Il pourra également être demandé au comptable assignataire un état détaillé des significations reçues. Aucune modification dans la désignation du comptable, ni dans les modalités de règlement, ne pourra désormais intervenir après signification d'un nantissement (art. 3).

Enfin (art. 7), les droits des bénéficiaires des nantissements ou subrogations ne seront primés que par les privilèges suivants :

- privilège de frais de justice ;
- privilège relatif au paiement des salaires en cas de faillite ou liquidation de l'employeur ⁽¹⁶⁾ ;
- privilège résultant, au profit des ouvriers des fournisseurs des entreprises des travaux publics, du décret de pluviose et des lois subséquentes dont nous avons défini la portée ;
- les privilèges du Trésor ;
- le privilège d'application restreinte conféré aux propriétaires de terrains occupés pour cause de travaux publics ⁽¹⁷⁾ ;
- enfin le privilège de Posen conféré aux sous-traitants des fournisseurs de la guerre.

En résumé, diverses améliorations :

Informations administratives fournies aux prêteurs, — paiements immédiats aux créanciers nantis, nonobstant les oppositions de date plus récente et de rang inférieur et sans renvoi à une procédure interminable, — énumération limitative des privilèges primant le nantissement.

QUELQUES REMARQUES

Tels sont les avantages que le nouveau régime de garantie a apporté aux prêteurs. Si l'on ajoute la

(16) Décret du 8 août 1935.

(17) Loi du 29 décembre 1892, art. 18.

publicité imposée aux privilèges de pluviose et de Posen, et la stricte définition des sommes sur lesquelles portent ces privilèges, on reconnaîtra qu'un effort substantiel a été fait, tant en 1935 qu'en 1937, pour rendre plus favorable la situation des fournisseurs et entrepreneurs des administrations publiques et de leurs prêteurs, et pour ouvrir la voie au crédit.

Mais les innovations du décret-loi du 30 octobre 1935 sont-elles suffisantes et efficaces, dès lors qu'elles laissent, comme précédemment, la créance reçue en nantissement sujette à toutes les causes congénitales de dépérissement que nous avons signalées et que les prêteurs demeurent primés, sans aucune limitation, par les privilèges du Trésor ?

Si, voulant juger de la valeur de la garantie que possède le « délégataire de marchés », même dans le nouveau régime, on suppose la défaillance d'un entrepreneur au cours de l'exécution d'un marché, on peut encore se demander ce qui reviendra au délégataire après application au profit de l'Etat de toutes les clauses indemnitaires du marché, après exercice des privilèges spéciaux protégeant salaires, fournitures, ou sous-marchés, et des privilèges généraux du Trésor !

Il n'est pas question ici, et nous reprendrons un slogan qui a fait fortune, de prendre parti pour les établissements de crédit, pour les « puissances d'argent » ; mais en donnant des garanties au prêteur, on défend le crédit, quelle que soit la personne qui le distribue. Or la défense du crédit est primordiale, d'autant plus que le crédit de l'Etat lui-même et des

collectivités publiques est en jeu, puisqu'il s'agit de marchés de travaux publics.

Malgré un réel effort d'assouplissement, l'attitude de l'Etat industriel et commerçant reste prisonnière des formes et des règles administratives créées pour la défense des droits de l'Etat, puissance publique et collecteur d'impôts, et, sous diverses formes, elle tend toujours au privilège.

Si les pouvoirs publics souhaitent soutenir le crédit de leurs fournisseurs et entrepreneurs, il convient d'aller plus avant dans la voie tracée par le décret-loi de 1935. Il convient de renoncer à placer les administrations publiques dans une situation tellement privilégiée dans leurs rapports avec leurs fournisseurs et entrepreneurs, que les bailleurs de fonds de ceux-ci aient à craindre d'être dépouillés de tout recours en cas de défaillance des fournisseurs. Il convient, en bref, qu'elles adoptent une attitude plus commerciale.

Il serait nécessaire que les collectivités publiques reconnaissent d'une manière exacte et irrévocable leurs dettes résultant de livraisons reçues ou de travaux exécutés pour leur compte. De plus, le Trésor devrait renoncer à exercer ses privilèges occultes à l'encontre des droits du créancier gagiste, dont la constitution serait antérieure à la naissance des créances du Trésor.

Sur le premier point, le décret-loi de 1935, qui a reconnu le droit du créancier nanti à être informé de l'état des livraisons faites ou des travaux exécutés, n'a pas été jusqu'à la conséquence logique de ces

prémisses. Rien n'indique que le décompte des droits acquis à une date déterminée, fourni au prêteur par l'Administration et que celui-ci aura pris comme base de ses avances, ne sera pas remis en cause au détriment même du prêteur. Or, pour qu'il y ait une base normale de crédit, il faut que la reconnaissance administrative de dette ⁽¹⁸⁾ ait même valeur que l'acceptation fournie sur une traite par un acheteur commerçant, qu'elle fasse preuve de la provision au profit des tiers nantis et à l'égard de l'Administration, et que, si la suite de l'exécution du marché donne lieu à réclamations ou indemnités, le règlement de comptes à intervenir n'affecte pas les droits transmis au « délégataire » mais porte sur le surplus des sommes à revenir à l'entrepreneur ou fournisseur, et en tous cas se débâte entre l'Administration et l'entrepreneur ou fournisseur seul.

Ainsi l'Administration, en déterminant sa dette, aura fourni, sinon un instrument de crédit aussi aisément mobilisable qu'une traite acceptée, du moins les éléments d'un véritable escompte au profit de ses fournisseurs. Encore l'Administration gardera-t-elle une position privilégiée par rapport à un acheteur commerçant, si elle maintient l'exigence d'un cautionnement garantissant la bonne exécution du marché ou si elle limite sa reconnaissance de dette irrévocable à l'égard des tiers intéressés à 80 % par exemple des droits constatés.

(18) Qu'il ne faut point confondre avec l'ordonnancement, qui n'est qu'une formalité de paiement et qui peut être retardée pour des motifs de trésorerie.

La seconde mesure, modératrice des droits administratifs, que les pouvoirs publics pourraient utilement adopter, consisterait à ne point invoquer les privilèges généraux du Trésor à l'encontre du créancier gagiste dont les droits sont antérieurs. Sur ce point, le décret-loi de 1935 ne marque aucune amélioration. Il affirme, sans atténuation, que les privilèges conférés au Trésor par les lois en vigueur prennent les droits des bénéficiaires des nantissements. Or, les représentants du Trésor soutiennent, on le sait, que les privilèges frappent le gage même entre les mains du gagiste, et diverses décisions de justice ont reconnu cette prétention.

La doctrine au contraire enseigne et maintient que les privilèges spéciaux sur les meubles, dérivant des sûretés réelles, tels que nantissement, ont priorité sur les privilèges généraux, et elle souligne que c'est par dérogation aux principes de notre droit que l'article 2105 du Code civil donne aux privilèges généraux le pas, en matière d'immeubles seulement, sur les privilèges spéciaux.

Les privilèges du fisc ne devraient logiquement affecter les éléments du patrimoine mobilier du débiteur qu'autant que celui-ci ne les a pas antérieurement grevés d'un droit réel et ne s'en est pas dessaisi par voie de nantissement. C'est du moins le principe auquel il serait bon de se rallier si l'on veut faciliter la mobilisation des créances sur l'Etat et les grandes Administrations. Si la créance fiscale privilégiée était antérieure à la constitution du gage, le débiteur aurait engagé un élément du patrimoine

déjà affecté par le privilège occulte du Trésor, qui conserverait alors ses droits. Mais, en suivant la doctrine, on n'observerait pas le cas d'un nantissement déjà ancien, devenu inopérant parce que le débiteur commun du nanti et du Trésor aura omis quelques années plus tard de payer ses contributions du moment.

Pour marquer la mesure normale de l'exercice des privilèges du Trésor, il suffirait de préciser en additif à l'article 7 du décret-loi de 1935 que les droits des bénéficiaires des nantissements sont primés par les privilèges conférés au Trésor par les lois en vigueur « pour les créances fiscales privilégiées mises en recouvrement avant la date du nantissement ».

Ce faisant, on reviendra aux principes traditionnels que Planiol et Ripert, en leur traité de Droit Civil ⁽¹⁹⁾ expriment ainsi : « Les contributions directes priment tous autres créanciers, excepté... le gage dont les droits sont antérieurs » ⁽²⁰⁾.

Le législateur a d'ailleurs affirmé lui-même, à plusieurs reprises, l'intérêt qu'il attache, pour le développement du crédit, à l'efficacité du gage commercial. — L'exposé des motifs de la loi du 23 mai 1863 qui, en cette matière, a complété le Code de Commerce, disait notamment :

« Quand un prêteur quelconque, sur un gage commercial, sera sûr de recouvrer sa créance facilement, il y aura un plus grand nombre de banquiers et de

(19) Planiol et Ripert. Traité de Droit civil (11-2643).

(20) Voir aussi : Aubry et Rau : III, p. 263 *bis*.

capitalistes disposés à prêter aux commerçants sur nantissements. »

Nous ajouterons : « et à l'Etat par l'intermédiaire de ses fournisseurs, sur délégations de marchés ».

Puisque l'Etat a besoin qu'on lui fasse crédit, il doit fournir des garanties suffisantes, sinon il court le risque de ne plus trouver d'entrepreneurs pour exécuter les travaux qui lui sont nécessaires, ou de ne trouver qu'à des prix exorbitants.

Les deux mesures préconisées apporteraient enfin dans le financement des marchés publics la sécurité génératrice de crédit. La situation des prêteurs resterait d'ailleurs moins favorable que celle des fournisseurs des entrepreneurs de travaux publics et des sous-traitants de la guerre, qui figurent parmi les privilégiés préférables à l'article 7, sans que l'on puisse, en équité, justifier que le crédit espèces soit moins bien traité que le crédit marchandises.

Mais il convient de tenir compte de l'effort constructif réalisé par l'Administration elle-même dans le décret-loi du 30 octobre 1935, amélioré en 1937, et il semble opportun de rester, tout en y apportant quelques retouches, dans le cadre du nouveau régime institué.

On objectera peut-être que les mesures préconisées ici, utiles à la garantie des avances faites après exécution au moins partielle de travaux, laissent subsister tous les risques de ceux qui financent la mise en œuvre des marchés et l'approvisionnement des matériaux ; mais il n'y a point là une situation particulière aux marchés de l'Etat, et il appartient

aux banquiers de consentir ou non des commandites passagères, et d'attendre ou non qu'une créance soit née pour en faire l'escompte. Aux banquiers de choisir les clients qui méritent qu'on leur fasse un certain crédit, et d'écarter les autres.

On objectera encore que si, au bénéfice des réformes proposées, la créance donnée en gage acquerra quelque fixité quant à son montant, elle ne sera toujours pas assortie d'une échéance précise, et que la responsabilité du banquier, prêteur et gérant de fonds empruntés, est une responsabilité de sommes et d'échéances. On n'en saurait disconvenir, et ceci marque l'utilité, dans l'éventualité de retards excessifs de paiements, de prévoir un réescompte ou une mobilisation des créances nées de marchés publics, dans des conditions compatibles avec des principes monétaires. Sur ce point, que nous aborderons plus loin, la Caisse des Marchés de l'Etat pourrait apporter un concours opportun.

Peut-on espérer qu'une puissance quelconque tempère volontairement son pouvoir et restreigne ses privilèges ou ses commodités ?

Certes, ce n'est point à chaque administration prise isolément que l'on peut demander de supprimer ou d'atténuer les clauses de ses marchés qui, en vue de leur bonne exécution et de la sauvegarde des deniers publics, formulent des réserves, retardent les réceptions et les paiements, s'opposent à l'acceptation de traites, ménagent d'éventuelles créances d'indemnité et leur compensation avec les droits acquis du fournisseur, exigent cautionnements et retenues. On ne

saurait que louer chaque administrateur de sa prudence et du souci qu'il a de sa responsabilité.

Mais la question est plus vaste et intéresse le fonctionnement même de notre économie. Ce qui fut possible jadis dans un domaine restreint l'est-il encore lorsque l'activité industrielle et commerciale de l'Etat et des collectivités publiques représente une part si importante et toujours grandissante des transactions ?

Chacun observe que certaines dispositions qui s'inspirent d'un pouvoir régalien et dont sont habituellement assortis les marchés publics, font obstacle au crédit. Dans la mesure même de l'importance que prennent les marchés publics dans notre vie économique, l'influx de vitalité et l'excitation de concurrence dont le crédit est générateur, se retirent d'une partie toujours plus importante de l'activité nationale.

Si l'on s'en tient au système actuel, on aboutira à réserver les commandes administratives à quelques sociétés ou individus pourvus d'une grande puissance financière. On créera un monopole de fait, dont on a lieu de penser que la collectivité fera les frais sans être pour cela assurée de voir satisfaits tous ses besoins, tant ils sont grands. Le principe général de la concurrence dans les adjudications de marchés de travaux publics serait donc mis en vacances, au plus grand détriment des finances publiques et des contribuables.

On jugera alors nécessaire de faire appel aux deniers ou à la garantie de l'Etat pour financer les mar-

chés publics : on aura sans doute déplacé les responsabilités d'une administration à une autre ; mais les risques resteront à l'Etat, et son crédit n'aura pas été soulagé.

L'alternative est de commercialiser dans une mesure prudente les marchés publics et de les faire rentrer dans le domaine accessible au crédit privé.

Les deux mesures signalées plus haut seraient susceptibles d'améliorer la situation : certitude donnée aux bénéficiaires de nantissements quant aux droits acquis du fournisseur et aux paiements à recevoir, — limitation des privilèges du Trésor.

Une certaine unification des procédures d'adjudication, de réception et d'ordonnancement, des simplifications dans les formalités administratives, seraient également bienfaisantes.

Les collectivités publiques trouveraient leur avantage dans une large concurrence. Elles sauvegarderaient l'existence et s'assureraient la collaboration de toute une classe d'industriels petits et moyens, qui, à Paris comme en province, seraient parfaitement qualifiés pour concourir aux soumissions, si on leur fournissait les instruments de financement nécessaires.

Il serait à la fois honnête et habile pour les collectivités publiques de ménager le crédit de leurs fournisseurs et entrepreneurs. En facilitant à leurs entrepreneurs l'accès au crédit, l'Etat et les collectivités publiques satisferaient mieux leurs besoins et ménageraient leurs propres intérêts.

TROISIEME PARTIE

La Caisse Nationale des Marchés
et les Etablissements de Crédit

Grâce au système organisé par le décret-loi du 30 octobre 1935, les entreprises pouvaient obtenir des fonds en banque contre nantissement des marchés. Mais ce procédé était très onéreux pour les entrepreneurs, et en même temps pour l'Etat, l'entrepreneur tenant compte de ces frais dans l'établissement des prix d'adjudication.

La chose est mentionnée dans les travaux préparatoires à la loi du 19 août 1936 ⁽¹⁾ :

« A l'heure actuelle les entrepreneurs traitant avec l'Etat ou les collectivités publiques ne peuvent tirer de traites sur le Trésor ou sur les collectivités. Ils doivent donc recourir à des avances que les banques ne leur accordent parfois qu'à des taux de 12 et 14 %, taux dont l'élévation s'explique par les risques de résiliation des marchés, et l'irrégularité des paiements dus aux fournisseurs ou entrepreneurs. »

Malgré le système organisé par le décret du 30 octobre 1935, il subsistait une difficulté : celle de la date exacte du paiement par le débiteur : l'Administration.

M. Fargeaud, dans une étude consacrée au financement des marchés de l'Etat, écrivait :

« Il subsiste une dernière difficulté, celle-ci d'ordre purement financier, tenant à l'impossibilité où se

(1) Lois Nouvelles, 1936, p. 962.

trouve l'entrepreneur de fixer par avance à son banquier, et plus généralement à n'importe quel bailleur de fonds, la date exacte du paiement par l'Administration des sommes dues en vertu du marché.

« C'est un fait que, pour des raisons que nous n'avons pas à rechercher ici, les délais pour obtenir ces règlements tendent à être de plus en plus longs, et ne peuvent faire l'objet d'aucune prévision certaine ; or cette incertitude sur la date de leur remboursement réagit d'une façon onéreuse sur les conditions des avances consenties aux entrepreneurs ou fournisseurs. D'où l'idée du législateur de créer un organisme spécial susceptible, par son intervention, d'aider les banques à financer les marchés administratifs en leur donnant la possibilité de faire escompter ou réescompter le papier de commerce relatif à de telles opérations dont elles seraient porteurs.

Cet organisme, c'est la Caisse Nationale des Marchés de l'Etat, des Collectivités ou Etablissements publics, dont le siège est à Paris, 13, quai d'Orsay » ⁽²⁾.

Il était donc utile que le législateur s'occupât de cette question du financement des marchés de travaux publics, et cela pour des raisons diverses : retards dans les paiements des Administrations, accroissement du nombre des marchés, développement de leur importance, difficultés de mobilisation des créances provenant du débiteur et de l'échéance de

(2) Ph. Fargeaud. Le financement des marchés de l'Etat. Extrait du « Journal des Notaires et des Avocats », p. 34.

la créance, et enfin et surtout : difficultés de trésorerie des collectivités entraînant les difficultés financières des entreprises.

Avant d'étudier le système français organisé par la loi du 19 août 1936, modifié par de nombreux décrets, nous dirons quelques mots de ce qui a été fait dans ce même ordre d'idées à l'étranger et spécialement en Allemagne. Cela permettra de nous rendre compte que ces difficultés ne sont pas spéciales à notre pays ; de plus nous verrons le système organisé outre-Rhin, système dont s'est peut-être inspiré sur quelques points le législateur français.

Nous aborderons ensuite l'étude de la Caisse Nationale des Marchés : son but, son organisation, son fonctionnement, ses avantages et ses inconvénients, et cela en nous servant des décrets récents parus au *Journal Officiel*. Nous nous tiendrons aussi près que possible des textes ; aucune jurisprudence n'est encore intervenue en la matière ; aucune étude d'ensemble n'a été faite sur la question. L'organisme a fonctionné, mais peu, et on ne connaît pas encore les difficultés qu'il a rencontrées dans ce fonctionnement. Ainsi que l'écrivait en 1937 M. Fargeaud :

« Il est encore trop tôt pour pouvoir apprécier les services que la Caisse rendra à l'économie nationale ; il faut attendre pour cela de l'avoir vue à l'œuvre au contact des réalités et des difficultés pratiques. »

Les choses en sont à peu près au même point en 1938, si l'on en croit un juriste, qui écrivait au mois de juin :

« Le problème est un peu jeune et l'affaire pas

assez mûre pour permettre une étude d'ensemble. C'est ainsi que le règlement du service est encore à l'étude, que le décret du 2 mai 1938, modifiant la loi de 1936, nécessite une réorganisation générale, etc... »

La Caisse Nationale des Marchés est un organisme jeune, qui n'a pas encore donné tout ce qu'on en pouvait attendre.

Nous pouvons cependant en exposer l'économie, tout en nous réservant de faire quelques remarques sur les points qui nous sembleront le mériter.

CHAPITRE PREMIER

LES TRAITES DE TRAVAIL EN DROIT ALLEMAND

Tous les grand pays industriels connaissent, depuis la guerre de 1914, un chômage endémique, qui est une des plaies de la société moderne.

Les uns et les autres, après avoir distribué pendant un certain temps aux sans-travail des allocations, qu'ils croyaient temporaires, se sont rendus compte que le mal était plus profond qu'ils ne l'avaient pensé tout d'abord. Chaque pays s'efforça alors d'établir des programmes de travaux qui fussent susceptibles d'occuper un grand nombre d'ouvriers.

L'Allemagne, pays industriel, ne pouvait se dispenser, malgré l'état précaire de ses finances, de résoudre ces problèmes. Son exemple nous a paru particulièrement intéressant, parce qu'elle a su mettre au point avec une rare habileté, les procédés de financement des dépenses extraordinaires de travaux.

A première vue il pourrait sembler que nous sortions ici du cadre de notre étude, car les frais engagés par le Reich doivent théoriquement lui être rembour-

sés par les collectivités bénéficiaires des travaux entrepris, mais il n'y a pas là qu'un artifice : de même que les plans sont établis par le Reich, les dépenses de réalisation sont au fond des dépenses du Reich qui, responsable de leur engagement, est également responsable envers les entrepreneurs de leur règlement.

En étudiant ce système de financement, nous verrons ce qui a été fait dans un pays voisin avant la création de notre Caisse Nationale des Marchés. Nous retrouverons bien des analogies entre ce système allemand et celui organisé par le législateur de 1936.

A partir de l'été 1932, plusieurs programmes ont été mis sur pied en Allemagne en vue de redonner une impulsion à l'activité économique et de réduire le chômage : construction de routes, de canaux, amélioration de terres, etc... (programme Von Papen), construction de ponts, distribution d'eau, de gaz, d'électricité, etc...

C'est l'Etat qui s'est chargé du financement des travaux.

En effet, la situation du marché à long terme ne permettant pas d'emprunter, le Reich dut consentir des prêts aux collectivités qu'il obligeait à entreprendre des travaux ou à commander des fournitures. Ces prêts étaient remboursables en vingt-cinq ans au plus. Mais, vu l'état de sa trésorerie, le Reich ne pouvait verser les fonds qu'au bout d'un certain délai : un à deux ans au début, cinq ans par la suite. Pour régler les entrepreneurs et fournisseurs, il fallut donc recourir à l'intervention d'organismes finan-

ciers par l'entremise desquels l'Etat s'adressait en définitive à la Reichsbank.

Le mécanisme de financement comprenait trois étapes :

a) Les entrepreneurs ou les fournisseurs étaient réglés au moyen de traites. Celles-ci ont l'avantage : d'être adaptées aux opérations de fournitures ou d'exécution de travaux, de présenter le caractère d'effets de commerce escomptables, de pouvoir être pourvues des sûretés nécessaires ⁽¹⁾.

b) Les traites devaient être payées par le Reich sur les ressources budgétaires et dans les délais indiqués (1, 2 ou 5 ans).

c) Les bénéficiaires de travaux ou de livraisons devaient rembourser le Reich dans un délai maximum de 25 ans.

Ce qui est très intéressant à remarquer pour nous, c'est le procédé de mobilisation et de financement : en attendant que le Reich possède lui-même les capitaux nécessaires, des effets sont créés et remis à l'escompte, ce qui permet de financer les travaux.

Certains organismes servirent d'intermédiaires pour le financement des travaux, par exemple : la Deutsche Gesellschaft für öffentliche Arbeiten A. G. ; la Deutsche Bau und Bodenbank, etc... Ces organismes accordaient les crédits et apposaient leur signature sur les traites en qualité de tireurs, d'accepteurs ou d'endosseurs. Ils faisaient compléter les effets par les bénéficiaires des travaux ou des fourni-

(1) Voilà bien les principes que nous retrouverons dans notre Caisse Nationale des Marchés.

tures (träger), par les banques, les sociétés auxiliaires, puis les négociaient.

Dès lors, les traites ainsi créées étaient escomptables à la Reichsbank.

Voici, à titre d'exemple, le mécanisme employé par la Deutsche Gesellschaft für öffentliche Arbeiten A. G. pour financer la majeure partie des plans de création de travail :

Les traites étaient établies normalement par les firmes auxquelles avaient été adjugés les travaux ou les livraisons de fournitures ; elles étaient endossées par les bénéficiaires des travaux et des livraisons, ou par une banque intervenant dans le financement (la Deutsche Bau und Bodenbank A. G.), puis elles étaient acceptées par l'Offa et apportées à l'escompte. Le fournisseur ou l'entrepreneur était alors réglé par l'établissement escompteur : consortium bancaire, Offa, etc...

Pour l'exécution du programme Von Papen ⁽²⁾, l'Offa obtint des crédits de réescompte dans divers consortiums, en particulier dans l'un dirigé par la Deutsche Bank und Diskonto-Gesellschaft et la Reichs Kredit Gessellschaft A. G.

Ceux-ci avaient, de leur côté, des possibilités de réescompte auprès de la Reichsbank ⁽³⁾.

Les traites garanties par l'Etat étaient à trois mois

(2) Ainsi que pour l'exécution du Sofart Programm (von Goerecke) en janvier 1933.

(3) Par la suite, afin de simplifier et de réduire les frais, on supprima les consortiums, et on escompta directement à la Reichsbank.

d'échéance et renouvelables. — Ce mode de financement s'étendit sur une durée de quinze mois pour le programme Von Papen.

L'entrepreneur, qu'il fût tireur ou endosseur des traites, ne courait aucun risque. Certes, le porteur pouvait fort bien théoriquement actionner l'entrepreneur, en qualité de tireur, au cas où il aurait agi sans résultat contre l'accepteur, mais cette hypothèse ne pouvait pratiquement se présenter puisque l'engagement de l'accepteur était doublé par celui du Reich.

Lorsque le bénéficiaire des travaux ou des livraisons était le Reich ou une administration publique, l'opération de financement se dénouait par le paiement des traites par le Trésor.

Dans les autres cas, l'acquittement des traites créées pour régler les fournisseurs ou les entrepreneurs de constituait pas, en principe, pour le Reich, une dépense définitive, mais une avance que les bénéficiaires de travaux ou de fournitures devaient lui rembourser.

L'émission des traites et leur mobilisation mettaient largement à contribution la capacité d'absorption du marché monétaire, car les ressources nécessaires devaient être prélevées sur les liquidités existantes ; mais, en fait, jusqu'aux derniers mois de 1933, les programmes de travaux purent être financés presque entièrement sans faire appel à la Reichsbank. — Fin 1933, un milliard cent millions seulement de ces traites avait été émis, et elles étaient un placement recherché pour l'argent à court terme, car elles jouissaient des meilleures garanties, étant

réescomptables à tout moment à la Reichsbank et susceptibles de servir de gage à des avances.

Le financement des programmes de travaux avait d'ailleurs des répercussions favorables sur l'économie, et une partie importante des traites revenant aux Caisses du Reich sous forme de recettes d'impôts, la circulation s'en trouvait allégée d'autant. En outre, le réembauchage permettait de réaliser des économies importantes sur les allocations de chômage. Enfin les capitaux nouvellement formés grâce à l'exécution des travaux, étant en grande partie déposés dans les banques où ils figuraient parmi les comptes créditeurs, accroissaient d'autant les possibilités du marché.

Mais ces conséquences favorables ne pouvaient compenser la charge très lourde que ces émissions faisaient peser sur le marché. Toutes les conséquences d'une inflation certaine, bien que déguisée, étaient à redouter.

Le désir de réduire le chômage et de susciter une reprise économique fit toutefois accepter ce risque.

Voilà le système qui a été appliqué en Allemagne dès 1932 dans le but de faciliter le financement des grands travaux. Nous allons voir que, sur bien des points, le législateur français s'est inspiré des principes de base de l'organisation allemande ; le moins que l'on puisse dire serait que le projet français de la Caisse Nationale des Marchés a de nombreux points communs avec le plan de financement allemand.

Avant de passer à l'étude de la Caisse Nationale des Marchés, disons brièvement que la politique adoptée

par l'Allemagne a donné d'assez bons résultats. Cependant, en raison de la rareté des documents officiels depuis l'instauration du III^e Reich et de l'obscurité des finances allemandes, il est assez difficile de déterminer leur état actuel. De toute façon, et cela peut s'appliquer à toutes les nations modernes, il n'est point, dans le domaine financier, d'habiletés qui résistent indéfiniment à une politique de dépenses inconsidérées et en majeure partie consacrées à des fins improductives.

Ajoutons aussi que si l'expérience tentée a réussi, il faut en rechercher les raisons dans le fait que l'Allemagne vit dans un système d'économie fermée (contrôle des changes). Les conséquences d'une inflation massive sont moins à redouter que dans un pays à change libre, tel que la France.

CHAPITRE II

LA CAISSE NATIONALE DES MARCHES EN DROIT FRANÇAIS SA CREATION. - SON ORGANISATION

Après avoir vu ce qui a été fait à l'étranger, revenons à la législation française. Après le décret du 30 octobre 1935, qui a organisé le financement des marchés de travaux publics, toute une législation a vu le jour tendant à compléter ce décret, à améliorer la condition des entrepreneurs travaillant avec les Administrations, à donner les garanties nécessaires aux établissements qui avançaient les capitaux en attendant les règlements administratifs. Toute cette législation s'inspire des mêmes principes : le but poursuivi est identique : venir en aide aux entreprises privées dont les trésoreries sont à l'étroit, parvenir à activer les paiements des Administrations, en cas de retard, donner la possibilité au créancier (l'entrepreneur) et au prêteur (banquier ou particulier) de mobiliser sa créance. Nous retrouverons ces idées aussi bien dans la loi du 19 août 1936 qui a porté création de la Caisse Nationale des Marchés, que dans les décrets postérieurs qui sont venus compléter

cette loi : décret du 2 mai 1938, décret du 14 juin 1938, décret du 17 juin 1938.

Nous allons étudier ce nouvel organisme qu'est la Caisse Nationale des Marchés. Nous verrons tout d'abord quel a été le but poursuivi par le législateur. L'organisation de la Caisse elle-même nous retiendra quelque peu, puis nous étudierons son fonctionnement. Enfin nous essayerons de dégager les avantages et les inconvénients que l'on a pu relever à la pratique. Nous pouvons dire dès à présent que la Caisse a rencontré de nombreuses difficultés, étant un organisme jeune et nouveau : les opérations dont elle a eu à s'occuper ont été assez rares, du moins dans les débuts. De plus, la législation récente de décrets-lois sur la matière est assez touffue. La Caisse en est encore à ses débuts ; certainement de nombreuses mises au point sont encore nécessaires ; nous pourrions cependant exposer les grandes lignes de son organisation.

Le but de la loi du 19 août 1936 est clairement exprimé dans les travaux préparatoires à la dite loi. Devant le marasme économique, devant le ralentissement des affaires, il est nécessaire de prévoir un programme permettant de susciter une reprise économique ⁽¹⁾. La loi portant création de la Caisse fait partie de ce programme. La Caisse permettra à de nombreuses entreprises de participer aux adjudications et elle facilitera le financement des travaux.

(1) Le système allemand tendait bien au même but. La résorption du chômage en France est une chose indispensable. Elle peut être obtenue par la reprise.

« La loi a pour but de compléter les dispositions du décret du 30 octobre 1935. Par la création d'une Caisse Nationale spécialisée dans le financement et la garantie des marchés administratifs, elle tend à donner à un grand nombre de petites et de moyennes entreprises la possibilité de participer aux adjudications des marchés. Permettant d'autre part aux entrepreneurs d'obtenir des établissements de crédit des avances à des taux d'intérêt moins élevés, l'intervention de cette Caisse doit entraîner par contre-partie une réduction du prix des travaux et fournitures » (2).

La Caisse essaye d'apporter un remède à la crise dont se trouvent atteintes les trésoreries des entreprises, crise qui a ses causes dans la hausse générale des prix, des salaires, des frais généraux, dans l'augmentation des immobilisations, dans l'augmentation de la valeur des stocks en marchandises, dans l'incidence de la taxe de 8,7 % à la production, etc..

Nous trouvons un écho de ces faits dans le rapport au Président de la République (3).

Grâce à l'intervention de la Caisse, la mobilisation de la créance sera possible. Les règles administratives ne permettent pas aux collectivités traitantes d'apposer leur signature sur le papier commercial afférent au marché qu'elles passent. La Caisse Nationale des Marchés rend possible la mise en œuvre de procédés commerciaux pour le financement des marchés publics.

(2) Extrait des travaux préparatoires à la loi du 19 août 1936. Sén., séance du 13 août 1936, *J. O.* du 20-8-36.

(3) Décret du 2 mai 1938. Rapport au Président de la République.

En résumé, la Caisse vient en aide aux trésoreries privées, et cela par deux procédés pratiques que nous étudierons tout à l'heure, qui permettent d'abord à tout titulaire d'un marché, avant que celui-ci soit achevé, d'obtenir des crédits, et ensuite au titulaire du marché, quand celui-ci a été exécuté, d'être payé avant l'échéance.

La Caisse Nationale des Marchés de l'Etat, des Collectivités et Etablissements Publics est dotée de la personnalité civile et de l'autonomie financière.

Au point de vue de son organisation, elle est administrée par un Conseil composé de douze membres. Le Conseil d'administration est présidé par le Gouverneur de la Banque de France ; sa composition dénote le souci d'assurer à l'organisme le concours de personnalités qualifiées par leur compétence en matière financière (le Directeur général de la Caisse des Dépôts et Consignations et le Directeur du Mouvement général des Fonds) et de hauts fonctionnaires dont la présence garantit la collaboration efficace de la Caisse avec les Administrations publiques (trois représentants du Ministre de l'Economie Nationale, un représentant du Président du Conseil, un du Ministre de la Défense Nationale, un du Ministre de l'Intérieur) (4).

Un décret du 31 décembre 1937 a modifié l'article 4 de la loi du 19 août 1936 et a porté le nombre des membres du Conseil à treize, en incorporant le Di-

(4) Art. 4 de la loi du 19 août 1936.

recteur du contrôle financier et des participations publiques⁽⁵⁾. Dernièrement, un nouveau décret a décidé que le Conseil de la Caisse se composerait de quatorze membres : on a créé le poste de Président, nommé par décret contresigné par le Ministre des Finances⁽⁶⁾.

Un décret du 25 octobre 1936⁽⁷⁾ est venu fixer certains détails : les membres du Conseil d'administration sont nommés pour trois ans sur proposition des Ministres intéressés. Ils sont renouvelés par tiers tous les ans. Le mandat des membres du Conseil peut être renouvelé. Chaque année deux vice-présidents sont élus.

Outre les opérations prévues par la loi du 19 août 1936 et que nous étudierons plus loin, le Conseil d'administration détermine, sous réserve de l'approbation des Ministres de l'Economie Nationale et des Finances, les modalités générales de gestion de la Caisse et les conditions d'émission des obligations. Il arrête le budget annuel et fixe le statut du personnel, traitements et retraites. Il délibère sur les comptes et bilans. Ses attributions sont donc très étendues.

Il se réunit en principe une fois par mois ; il peut être convoqué par son Président lorsque cela est nécessaire ; cependant, la moitié au moins des membres doivent en avoir formulé la demande. Le Conseil ne peut valablement délibérer que si le Président ou un des Vice-Présidents et la moitié au moins des mem-

(5) Décret du 31-12-37, art. 76. *J. O.* 1-1-38, p. 4.

(6) Décret du 2 mai 1938, art. 13, *J. O.*, p. 4961.

(7) *J. O.*, 2 décembre 1936.

bres en exercice assistent à la séance. La voix du Président de la séance est prépondérante en cas de partage.

L'article 4 de la loi du 19 août 1936 décide « que le Conseil pourra déléguer tout ou partie de ses pouvoirs à un Comité de Direction de cinq membres » ⁽⁸⁾. Ce Comité comprend le Directeur de la Caisse et quatre membres nommés par décret. Il délibère aussi souvent que l'exigent les affaires courantes de la Caisse et au moins une fois par semaine sur les questions qui lui sont soumises par délégation du Conseil ou sur celles dont le saisit le Directeur de la Caisse. Les membres du Comité de Direction ont voix consultative aux séances du Conseil d'administration.

La direction de la Caisse est confiée à un directeur assisté d'un secrétaire général. Le directeur s'occupe de la gestion de la Caisse : il nomme aux emplois, charge de mission les personnes dont le concours est nécessaire à la gestion de la Caisse, il fait tous actes conservatoires et exerce les actions judiciaires, il prépare le budget de la Caisse qui est remis au Conseil d'Administration puis aux ministres.

Il engage les dépenses dans la limite des crédits régulièrement inscrits au budget. Il est chargé de la liquidation et de l'ordonnancement des dépenses, ainsi que de l'ordonnancement des titres de recettes.

Le Directeur est chargé d'exécuter les décisions du Conseil d'Administration et du Comité de Direction.

Les émissions, acceptations, avals ou endos, des let-

(8) Loi du 19-8-36, art. 4. Lois nouvelles 1936, p. 968.

tres de change, effets de commerce, doivent être revêtus de la signature du Directeur.

A la fin de chaque année, le Directeur soumet au Conseil un rapport détaillé sur le fonctionnement de la Caisse Nationale.

L'agent comptable, chef de la comptabilité générale, effectue toutes les opérations de recettes et a seul qualité pour acquitter les dépenses régulièrement mandatées par le Directeur.

Au point de vue du contrôle, les opérations de la Caisse sont soumises aux vérifications de l'Inspection générale des Finances, et au contrôle de la Cour des Comptes.

La Caisse Nationale des Marchés est pourvue d'un fonds de dotation de 50 millions de francs, susceptible d'être porté à 250 millions (9).

Le fonctionnement pratique de la Caisse a démontré que ce fonds de dotation était nettement insuffisant. Le décret du 2 mai 1938, dans son article 8, décide qu'un fonds de 150 millions sera versé à la Caisse « sans préjudice à la faculté d'émission prévue à l'article 3 de la loi du 19 août 1936. A cet effet, un crédit d'un montant égal sera ouvert par décret au compte des investissements en capital de l'exercice 1938 » (10).

(9) Loi du 19 août 1936, art. 3.

(10) Décret du 2 mai 1938, art. 8, *J. O.* 3 mai 1938, p. 4961.

CHAPITRE III

LES OPERATIONS DE LA CAISSE AVAL - ACCEPTATION

L'objet de la Caisse Nationale des Marchés a été déterminé par la loi du 19 août 1936, et les attributions de cet organisme peuvent se résumer de la façon suivante :

1° La Caisse pourra donner sa garantie aux avances consenties sur nantissements de marchés publics effectués dans les conditions du décret-loi du 30 octobre 1935, que nous avons analysé plus haut (art. 5).

2° Elle pourra, quand les travaux exécutés ou les marchandises livrées auront fait l'objet de réception provisoire ou définitive, totale ou partielle, accepter les traites et les effets y afférents ; dans ce cas, le montant de ces acceptations ne pourra dépasser 75 % de la valeur des travaux ou fournitures qui auront été l'objet de la réception (art. 6).

3° Elle pourra être autorisée (lorsque son fonds de dotation aura dépassé 50 millions de francs) à recevoir directement les mêmes marchés en nantissement et à consentir elle-même des avances, sous réserve de ne pas affecter plus d'un cinquième du montant de

son fonds de dotation aux risques afférents à ces dernières opérations (art. 7).

4° Elle pourra enfin intervenir pour l'octroi de crédits « lorsque sera donnée la garantie d'un organisme instituant entre des membres d'une même branche d'industrie une garantie mutuelle reconnue suffisante par la Caisse » (art. 8) ⁽¹⁾.

Les deux principales opérations que peut faire la Caisse sont prévues par les articles 5 et 6 de la loi : la Caisse donne sa garantie sous forme d'aval, elle donne son acceptation.

Dans les deux cas, les marchés de travaux publics ou de fournitures qui sont visés doivent être à la fois :

— des marchés de l'Etat, des collectivités et établissements publics ;

— des marchés effectués dans les conditions du décret du 30 octobre 1935, c'est-à-dire revêtus de la clause spéciale prévue par ce décret ⁽²⁾.

1° LA GARANTIE DE LA CAISSE : L'AVAL

L'hypothèse est, en principe, la suivante : un entrepreneur est titulaire d'un marché de l'Etat ou d'une collectivité publique qui remplit les conditions requises pour faire l'objet d'une affectation en nantissement sous le régime du décret du 30 octobre 1935.

(1) A notre connaissance, la Caisse n'a pas eu à user de cette attribution.

(2) Nous verrons plus loin que certains décrets récents sont venus supprimer ces restrictions.

L'entrepreneur a déjà engagé des dépenses, mais les travaux ou les fournitures n'ont encore fait l'objet d'aucune réception. Il craint que sa trésorerie ne soit gênée avant les premiers paiements. Il demande alors à sa banque une avance en lui consentant l'affectation en nantissement de son marché. Celle-ci la lui accorde, mais désirant conserver la possibilité de mobilisation, elle exige que l'entrepreneur souscrive, ou accepte, des billets ou effets. Ces effets ne portent que deux signatures : celle de l'entrepreneur et celle de sa banque. La troisième signature nécessaire pour le réescompte à la Banque de France est demandée à la Caisse Nationale des Marchés qui la donne précisément sous la forme d'un aval.

Cet aval présente une particularité découlant de sa raison d'être qui est de permettre le réescompte ; il ne fait pas de la Caisse un principal obligé ; il ne fait que garantir la Banque de France contre l'insolvabilité de l'entrepreneur et de la banque.

L'aval est donné par acte séparé. Cet acte contient notamment : les noms du titulaire du marché et de son banquier ; diverses indications identifiant le marché affecté en nantissement, le montant du marché, le montant auquel se limite l'aval, en principal, sa répartition entre les billets ou effets ; il précise la portée de la garantie accordée.

L'acte stipule que le dernier porteur ne pourra exiger le paiement de la Caisse que si, ayant fait dresser protêt contre le souscripteur ou le tiré accepteur, il justifie d'avoir infructueusement réclamé le paiement au banquier par une sommation extra-judi-

ciaire. Ainsi, veut-on au moyen de cette clause restrictive, dont l'aval est assorti, laisser à la charge du banquier le risque normal résultant d'une défaillance de son client, qui empêcherait ce dernier de conduire le marché à bonne fin.

Il y a lieu de remarquer que le banquier qui a fait l'avance, et qui conserve d'ailleurs à son nom le nantissement du marché avec subrogation au profit de la Caisse, n'est pas garanti lui-même par celle-ci. L'aval donné par la Caisse derrière le banquier a pour objet de garantir les tiers auprès desquels les banquiers mobilisent l'avance qu'ils ont consentie. Cette intervention a, en fait, pour seul objet de faciliter le réescompte par la Banque de France des effets représentatifs du financement du marché en fournissant une troisième signature.

Le banquier, dans le cas où la Caisse donne son aval, conserve en nantissement le marché lui-même et reçoit dans un compte spécial au nom du client, les sommes versées par l'administration traitante, sous forme d'acomptes ou de règlements, et qui sont destinées à assurer le paiement des billets ou des effets mis en circulation.

Le but poursuivi par le législateur est nettement exposé dans les travaux préparatoires à la loi du 10 août 1936 :

« Les avances consenties sur nantissement de marchés de travaux publics ou de fournitures recevront la garantie de la Caisse Nationale. En conséquence, les banques pourront réduire très sensiblement le taux de leurs avances. A ce premier avantage résul-

tant de la création de la Caisse, s'en ajoutera un second : celui de rendre réescomptable à la Banque de France le papier émis par les entrepreneurs, qui, désormais, sera revêtu de trois signatures, celle de l'entrepreneur, celle de la banque, et celle de la Caisse » (3).

Nous retrouvons donc dans cette loi le même but qui avait été recherché par le législateur de 1935 : faciliter le financement des marchés de travaux publics, donner des garanties au prêteur, et par ce moyen diminuer les frais pour l'entrepreneur. L'intervention de la Caisse peut permettre de développer les opérations normales de crédit commercial, dans des conditions moins onéreuses pour les bénéficiaires de marchés publics.

La rémunération de la Caisse est fixée par des règlements intérieurs. Elle vient d'être modifiée récemment par le Conseil d'administration (séance du 16 septembre 1938) :

1° Commission d'ouverture : 1/4 0/00 par trimestre.

2° Commission d'utilisation : 3/4 0/00 par mois.

2° ACCEPTATIONS DE LA CAISSE

Nous venons de voir que la garantie de la Caisse pouvait intervenir sous forme d'aval ; elle intervient aussi sous forme d'acceptation pure et simple, lorsque l'exécution des travaux ou la livraison des four-

(3) Travaux préparatoires à la loi du 19 août 1936. Sén., séance du 13 août 1936.

nitures au titre du marché public a déjà donné lieu aux actes administratifs exigés par l'Etat ou les collectivités intéressées pour reconnaître une créance ou un droit à paiement. Ces actes administratifs se présentent le plus souvent sous forme de procès-verbaux de réception.

Pour les opérations d'acceptation, le concours de la Caisse, qui dans ce cas prend elle-même le marché en nantissement, est limité à 75 % du montant des travaux exécutés ou des fournitures livrées ⁽⁴⁾, déduction faite, s'il y a lieu, des sommes déjà versées à titre d'acomptes ou de règlements par tiers ⁽⁵⁾.

Les travaux préparatoires de la loi donnent les raisons qui ont motivé la décision du législateur, quant au montant de l'acceptation elle-même :

« Le montant de ces acceptations ne pourra pas dépasser 75 % de la valeur des travaux ou fournitures qui ont été l'objet de réception, la marge de 25 % restant comprenant 10 % de garantie, éventuellement 10 % de pénalités et 5 % des bénéfices de l'entrepreneur. »

Les acceptations sont données sur des effets à trois mois, renouvelables jusqu'au paiement par l'Etat ou la collectivité traitante d'un montant correspondant aux effets en circulation ⁽⁶⁾.

(4) Art. 6 de la loi du 19 août 1936.

(5) Un décret du 18 juin 1938 a autorisé la Caisse à accepter les effets jusqu'à concurrence de 9/10^e des sommes stipulées au procès-verbal de réception. Voir plus loin, p. 153.

(6) Nous verrons plus loin qu'un décret est venu limiter les possibilités de renouvellement, et cela pour éviter le danger d'inflation déguisée que ce système pouvait entraîner.

Les effets acceptés sont domiciliés à la Caisse Nationale qui prend les marchés en nantissement.

Les opérations d'acceptations de la Caisse peuvent revêtir deux formes : les acceptations pures et simples, et les crédits d'acceptation :

1° *Acceptations pures et simples.* — L'entrepreneur qui a acquis, en vertu de son marché, une créance ou un droit à paiement dans les conditions requises, tire une traite sur la Caisse qui l'accepte ; il l'escompte chez son banquier qui peut ensuite la réescompter à la Banque de France.

2° *Crédits d'acceptation.* — Un industriel est titulaire d'un marché de fournitures pour l'armée comportant des livraisons échelonnées, et lui donnant des droits à des paiements échelonnés aussi. S'il utilisait le système des acceptations pures et simples, il devrait demander plusieurs fois l'intervention de la Caisse, chaque intervention faisant l'objet d'une demande nouvelle. La pratique des crédits d'acceptation permet précisément de simplifier les formalités.

Les acceptations sont recueillies par le banquier du titulaire du marché. Le banquier qui escompte les effets bénéficie, en plus de la faculté de mobilisation à la Banque de France prévue par la formule de l'aval, d'une garantie complète de la Caisse quant à la bonne fin de l'opération.

La Banque de France acceptera au réescompte le papier revêtu de la signature de la Caisse. En principe, ce papier devra être présenté au réescompte à la Banque centrale seulement ; toutefois, pour les

Banques qui n'auraient pas de comptoir à Paris, il sera possible de présenter les effets de cette catégorie à celui des comptoirs de la Banque de France dont dépend le siège principal du cédant.

Les commissions perçues par la Caisse en cas d'acceptation sont actuellement les suivantes :

1° Acceptations pures et simples : $3/8$ % par trimestre sur le montant des traites à trois mois acceptées par la Caisse.

2° Crédits d'acceptation : $1/8$ % par trimestre de commission d'ouverture sur le montant du crédit d'acceptation accordé.

$1/8$ % par mois de commission d'utilisation sur le montant des traites acceptées.

DOSSIER

La demande d'aval ou d'acceptation se fait par simple lettre. Elle doit émaner, d'une part, de l'entrepreneur titulaire du marché, d'autre part de la banque. Celle-ci doit faire connaître son accord sur l'opération d'aval ou d'acceptation à concurrence de telle somme.

Toute demande d'acceptation ou d'aval doit être accompagnée d'un dossier comprenant, notamment :

1° L'original du marché offert en nantissement ou une copie certifiée conforme, et tous actes administratifs relatifs au marché considéré.

2° Des renseignements détaillés sur les prévisions d'exécution du marché et sur l'utilisation des crédits demandés en fonction de la trésorerie de l'entreprise.

3° Les pièces administratives constatant et évaluant les services faits : procès-verbaux ou certificats administratifs de constat, de recette, de réception; s'il y a lieu, les décomptes provisoires ou définitifs, ou, le cas échéant, les pièces dressées spécialement à l'usage de la Caisse par les administrations intéressées.

4° Un état, au besoin négatif, des acomptes versés, des règlements effectués, des avances faites au titre du marché, ainsi qu'une déclaration des mandats en cours, dont le titulaire du marché aurait connaissance.

5° Des renseignements sur l'entreprise titulaire du marché, comprenant notamment la liste des personnes ayant qualité pour l'engager valablement et la copie certifiée conforme de leurs pouvoirs. S'il s'agit d'une société, les statuts, la liste des membres du Conseil d'administration, les gérants ou associés.

6° Des renseignements sur l'activité de l'entreprise comprenant le chiffre d'affaires des trois derniers exercices, et de l'exercice en cours, et un état des commandes en portefeuille.

7° Enfin des renseignements sur la situation financière de l'entreprise: les bilans détaillés, les comptes d'exploitation, les comptes profits et pertes et les rapports des commissaires aux comptes, certifiés exacts, des trois derniers exercices de l'entreprise; une situation comptable datant de moins de trois mois (7); détail du poste « créiteurs divers » et notamment la discrimination entre les fournisseurs et les autres

(7) Autant que possible cette situation doit être présentée dans la forme des bilans; elle ne peut qu'être approximative.

créanciers de l'entreprise ; détail du passif envers les banques ; état des impôts mis en recouvrement depuis plus d'un an et non encore payés, état des salaires arriérés, états des hypothèques et autres garanties réelles (nantissements, warrants...) ⁽⁸⁾ ; états des engagements ne figurant pas au bilan, tels qu'avals ou acceptations.

Le banquier titulaire du marché devra présenter, par écrit, la demande d'aval ou d'acceptation, indiquant les conditions dans lesquelles il intervient. Si ces conditions sont jugées excessives, la Caisse peut refuser d'intervenir ⁽⁹⁾. Chargée, dans son domaine d'action, de rendre le crédit plus accessible, elle ne saurait s'associer à des opérations usuraires.

La demande doit comporter un engagement d'escompter les effets acceptés et de les renouveler pendant la période prévue.

Le banquier doit avoir constitué un dossier auprès de la Caisse Nationale des Marchés, contenant, entre autres choses, un exemplaire des statuts de la Banque et la liste des membres de son Conseil d'administration, les bilans, les comptes profits et pertes, les rapports au Conseil d'administration, certifiés conformes, des trois derniers exercices.

Ce n'est qu'après avoir étudié ces dossiers, et spécialement celui fourni par l'entreprise, que la Caisse

(8) Ces trois derniers états ne sont pas toujours exigés ; en effet ces pièces ne sont pas réclamées lorsqu'on se trouve en présence d'une entreprise de très grosse importance.

(9) Ce n'est pas une observation purement théorique. Nous croyons savoir qu'il y a déjà eu refus de dossier pour cette raison.

décide de la possibilité d'accorder sa garantie ou son acceptation.

Le processus de l'instruction du dossier peut s'analyser ainsi, mais de façon très schématique :

- 1° Etude du dossier par les services de la Caisse.
- 2° Examen et décision du Comité de direction.
- 3° Notification de la décision aux intéressés.

CHAPITRE IV

CHAMP D'APPLICATION DE LA NOUVELLE LEGISLATION

La question s'est posée de savoir dans quels cas la Caisse pourrait intervenir, c'est-à-dire, dans la pratique, quels marchés bénéficieraient du statut spécial organisé par la loi du 19 août 1936.

D'après l'article 5 de la loi, la Caisse intervient pour tous les marchés de l'Etat, des collectivités et établissements publics :

« La Caisse Nationale est autorisée à donner sa garantie aux avances consenties sur nantissements de marchés de travaux publics ou de fournitures de l'Etat, des collectivités et établissements publics effectués dans les conditions du décret du 30 octobre 1935 relatif au financement des marchés de l'Etat et des collectivités publiques. »

On s'est demandé si la Caisse pouvait accorder son aval ou son acceptation pour des marchés autres que ceux énumérés à l'article 5, par exemple pour des marchés conclus avec une grande compagnie concessionnaire de service public : chemins de fer, compagnies d'électricité, etc...

A l'origine, ces marchés ne pouvaient bénéficier des dispositions ci-dessus énoncées. Depuis, un décret est venu qui habilite la Caisse à financer les marchés passés par les sociétés assumant l'exécution d'un service public concédé par l'Etat. Le décret du 2 mai 1938 dans son article 14 étend le bénéfice de la loi du 19 août 1936 « aux marchés des entreprises concessionnaires ou subventionnées assurant un service public. »

Les travaux préparatoires à ce décret disent, entre autres choses: « Le décret spécifie que les possibilités de financement de la Caisse seront étendues non seulement aux marchés des fournisseurs de l'Etat et des collectivités publiques, mais également à ceux des fournisseurs de collectivités concessionnaires. »

De plus, ce décret a pour objet de faire du régime de nantissement instauré par les décrets du 30 octobre 1935 et du 25 août 1937, le régime de droit commun en matière de marchés administratifs et lève à cet effet toutes les restrictions apportées jusque-là à son application (1).

Il est donc permis de dire que les attributions de la Caisse se sont nettement développées puisqu'elles s'étendent maintenant à tous les marchés administratifs. Le Conseil d'administration de la Caisse conserve cependant le pouvoir d'examiner les dossiers qui lui sont présentés avant d'accorder son aval ou son acceptation, et se réserve d'apprécier les références financières.

(1) Décret du 2 mai 1938. Art. 14. Voir plus haut : étude du décret du 30 octobre 1935.

L'article 5 de la loi du 19 août 1936 prévoyait l'intervention de la Caisse « dans les conditions du décret du 30 octobre 1935 » c'est-à-dire, délégation du marché, remise de l'exemplaire unique comme titre de nantissement, clause spéciale, etc... Un nouveau décret du 14 juin 1938 prévoit la possibilité d'une intervention de la Caisse sans qu'il soit nécessaire de réunir les conditions du décret de 1935 :

« Lorsque la Caisse Nationale estime pouvoir donner sa garantie sans conditions, par voie d'aval, sur les effets souscrits ou acceptés par le titulaire du marché, sa garantie est limitée, avant service fait, au montant des versements prévus pour une durée de neuf mois à dater de l'émission du billet » (2).

Cet article 3 vient lui-même modifier l'article 10 du décret du 2 mai 1938 qui limitait la garantie « au montant des versements prévus pour une durée de six mois. »

(2) Art. 3. Décret du 14 juin 1938, paragraphe 2.

CHAPITRE V

LEGISLATION COMPLEMENTAIRE

A la pratique, certaines difficultés se sont fait jour quant au fonctionnement de la Caisse Nationale des Marchés.

En effet, cet organisme reculait devant l'acceptation d'effets, les administrations débitrices retardant par trop leurs règlements définitifs et même leurs règlements d'acomptes. De plus le fonds de dotation ne permettait pas de répondre à toutes les demandes, et obligeait le Conseil d'administration à écarter un nombre important de dossiers.

Le législateur de 1938, soucieux d'alléger les trésoreries des entreprises, et de permettre aux administrations, par ce moyen, de passer des marchés à meilleur compte, a poursuivi la réalisation du projet ébauché par la loi du 19 août 1936.

Un décret du 2 mai 1938 ⁽¹⁾ est donc venu améliorer les conditions d'activité de la Caisse.

Le rapport du Président de la République se fait l'écho des difficultés rencontrées :

(1) *J. O.*, 3 mai 1938.

« L'expérience a montré que les possibilités de crédit de la Caisse Nationale des Marchés sont limitées, tant par les conditions administratives actuellement imposées pour la reconnaissance définitive des créances de l'Etat, que par la faiblesse des moyens financiers dont elle dispose présentement. »

Le décret : établit donc une réglementation de la reconnaissance des créances de l'Etat ; il accroît les moyens d'action de la Caisse.

1° Le titulaire du marché est en droit de demander, dorénavant, des acomptes au moins tous les trois mois ⁽²⁾. Ce service fait, donnant droit à acompte, est constaté par un procès-verbal que les Administrations sont tenues d'établir (art. 4) ; l'absence de procès-verbal du fait de l'Administration donne lieu de plein droit à l'ouverture d'intérêts moratoires (art. 4, al. 3) ; il en est de même en cas de retard de paiement imputable à l'Administration après l'écoulement d'un délai de trois mois suivant l'établissement du procès-verbal (art. 5, al. 2) ⁽³⁾.

Cette procédure de reconnaissance des créances ne trouvait son application que pour les marchés de l'Etat. Ce n'est que le décret du 18 juin 1938 qui l'a étendue aux marchés des collectivités et établissements publics autres que l'Etat :

« Tout marché de fournitures ou de travaux des offices et établissements publics nationaux dont le

(2) Décret du 2 mai 1938, art. 3, al. 3. *J. O.*, 3 mai 1938, p. 4961.

(3) Voir les détails de cette nouvelle réglementation plus haut : paiements d'acomptes, p. 50.

délai... doit comporter une clause de règlement par acomptes. »

Grâce à ces dispositions qui donnent au prêteur la certitude de paiements rapides, la Caisse pourra accepter avec plus de facilité les traites tirées sur elle. Le décret du 14 juin 1938 décide, à ce sujet, dans son article 2 :

« Sur la production d'un procès-verbal de service fait, de réception provisoire, de réception définitive ou de toutes pièces constatant la réalisation des conditions auxquelles est subordonné le versement d'acomptes exceptionnels ou de termes de paiement et après nantissement des marchés, la Caisse Nationale des Marchés peut accepter, à concurrence de 9/10 au plus des sommes stipulées dans le procès-verbal ou pièces susvisées, des traites à trois mois ou plus d'échéance, tirées sur elle » (4).

La loi du 19 août 1936 limitait le montant des acceptations à 75 % (5).

2° En plus de cette faculté d'acceptation donnée à la Caisse, ses moyens d'action ont été accrus. Les articles 8 à 12 du décret du 2 mai 1938 sont consacrés aux mesures destinées à faciliter la mobilisation et le financement des marchés administratifs. L'article 8 du décret attribue à la Caisse sur crédits budgétaires un fonds de 150 millions, qui vient s'ajouter à la dotation prévue par la loi du 19 août 1936 (6) et partiellement réalisée par le décret du 26 mai 1937.

(4) Art. 2 du décret du 14 juin 1938. *J. O.*, 17 juin 1938, p. 6872.

(5) Cf. plus haut, p. 140.

(6) Loi du 19 août 1936, art. 3.

On prévoit la possibilité d'avance sans intérêts de la part du Trésor, et cela à concurrence des risques qui se réalisent du chef des marchés de l'Etat. Le plafond de ces avances est fixé à 500 millions (7).

Le législateur du 2 mai ne prévoyait la possibilité de ces avances du Trésor que pour les marchés de l'Etat. Un décret du 14 juin 1938 étend cette faculté aux marchés des collectivités et établissements publics, à la condition que ces marchés soient « gagés par une subvention de l'Etat dont les conditions de règlement se trouvent réalisées » (8).

Le fonds de roulement de 500 millions permet donc à la Caisse de faire face aux décaissements provisoires que peuvent exiger ses engagements d'acceptation et d'aval concernant les marchés de l'Etat.

Mais puisque l'activité de la Caisse était étendue aux marchés des collectivités et établissements publics, il était nécessaire d'organiser un fonds de garantie pour les décaissements concernant ces marchés. Le décret du 14 juin 1938 s'en est occupé. Il prévoit la constitution d'un fonds de garantie réservé aux marchés des collectivités locales, et alimenté, jusqu'à concurrence de 200 millions, par des prélèvements annuels de 50 millions sur le produit du fonds commun de la taxe à la production (9) (10).

(7) Décret du 2 mai 1938, art. 11.

(8) Décret du 14 juin 1938, art. 4, al. 3. *J. O.*, 17 juin 1938, p. 6872.

(9) Art. 5 du décret du 14 juin 1938. *J. O.*, 17 juin 1938, p. 6872.

(10) A propos de la constitution de ce fonds de garantie, le rapport au Président de la République s'exprime ainsi :

« Ce prélèvement annuel de 50 millions, d'une importance mo-

Quant aux avances directes consenties par la Caisse, la loi du 19 août 1936 prévoyait dans son article 7 : « La Caisse Nationale, sous réserve que le montant du fonds de dotation soit au préalable élevé à un chiffre supérieur à 50 millions de francs, pourra être autorisée par décret à recevoir directement les mêmes marchés en nantissement et à consentir elle-même les avances. Toutefois, il ne pourra être affecté que un cinquième du montant du fonds de dotation aux risques afférents aux opérations sus-visées » ⁽¹¹⁾.

L'article 12 du décret du 14 juin 1938 ajoute :

« Le plafond des avances directes fixé par le deuxième alinéa de l'article 7 de la loi du 19 juin 1936 pourra être relevé par décret sans pouvoir dépasser le montant des obligations émises » ⁽¹²⁾.

dique eu égard au total des fonds communs, ne se traduira en aucun cas par une moins-value dans les budgets des collectivités locales. En effet, par suite de la hausse des prix, du nouveau régime de la taxe à la production et des récentes majorations fiscales, on doit attendre du produit des fonds communs pour les prochaines années des plus-values qui dépasseront le chiffre de 50 millions ».

Il nous est permis de rester sceptique devant cette affirmation purement gratuite. Nous croyons plutôt que des moins-values se feront sentir tant que durera le ralentissement économique qui sévit actuellement dans notre pays, et surtout, tant que diminuera le volume de la matière imposable, diminution voulue et recherchée par les gouvernements à direction marxiste, en poursuivant leur politique de nationalisations.

Le rapport continue :

« Au demeurant il a paru équitable de faire participer les départements et communes au financement de leurs propres marchés, dans des conditions tout à fait satisfaisantes puisque ledit fonds de garantie ne peut être affecté qu'à des avances temporaires, et que les pertes définitives sont toujours supportées par la Caisse Nationale elle-même » (Rapports au Président de la République. Décret du 14 juin 1938. *J. O.*, 17 juin 1938, p. 6871).

(11) Art. 7. Loi du 19 août 1936.

(12) Décret du 14 juin 1938, art. 12. *J. O.*, 17 juin 1938, p. 6873.

Poursuivant toujours le même but, et afin de faciliter le fonctionnement de la Caisse, le législateur a prévu que, en cas d'intervention de la Caisse dans le financement des marchés des collectivités locales ou d'établissements publics, les subventions de l'Etat affectées au règlement de ces marchés « ne pourraient en aucun cas, même provisoirement, être utilisées au règlement d'autres dépenses » ⁽¹³⁾.

Il en sera de même en ce qui concerne les emprunts contractés soit auprès du Crédit Foncier de France, soit auprès de la Caisse de Crédit aux départements et aux communes, soit auprès de la Caisse des Dépôts et Consignations ou de toute autre caisse publique, lorsqu'ils sont affectés au règlement des mêmes marchés.

« A cet effet, la Caisse des Marchés adresse une requête au comptable qui doit, sous sa responsabilité, s'assurer que le total des fonds disponibles de la collectivité est toujours au moins égal à la fraction non employée du produit des emprunts ou des subventions » ⁽¹⁴⁾.

Ces différentes modifications sont intéressantes, car elles viennent remédier à certaines lacunes, dont M. Lasalle, chef de Bureau des Etudes Financières, se faisait l'écho en novembre 1937, lors d'une consultation donnée à un établissement industriel lyonnais ; il s'exprimait en ces termes :

« Pour les collectivités publiques, villes, communes,

(13) Décret du 14 juin 1938, p. 6872, art. 6. *J. O.*, 17 juin 1938.

(14) Décret du 14 juin 1938, art. 6, alinéa 3. *J. O.*, 17 juin 1938, p. 6872.

et pour les établissements publics, rien n'est au point pour cela. La question doit être évoquée au prochain conseil : elle pose de nombreux problèmes en ce qui concerne, en particulier, l'appréciation des références financières, les précautions à prendre pour éviter que l'intervention de la Caisse puisse inciter les collectivités à ne pas faire diligence pour leur financement, précautions indispensables pour obtenir une certification sincère de l'avancement des travaux. »

Ces problèmes ont été en grande partie résolus grâce à la nouvelle organisation de réception de travaux et de paiement des acomptes, grâce à l'affectation précise aux marchés des subventions d'Etat, et grâce aussi à la création des fonds de garantie. La Caisse peut donc s'engager dans le financement des marchés des collectivités locales et établissements publics, sans courir pour cela des risques par trop importants.

Il est à signaler que le législateur s'est préoccupé des marchés passés par les Administrations coloniales. Un décret du 17 juin 1938 s'occupe de cette question (15).

Les travaux préparatoires font ressortir très justement qu'il était nécessaire : « de prévoir une extension éventuelle du concours nouveau qui peut être apporté par la Caisse Nationale des Marchés au financement des marchés de l'Afrique du Nord ».

Le décret fixe les conditions d'application à

(15) Décret du 17 juin 1938. *J. O.*, 29 juin, p. 7446.

l'Afrique du Nord de la législation en vigueur dans la métropole : il faut préalablement « que les règles administratives qui ont été adoptées pour les marchés de l'Etat en vue d'en assurer la stricte exécution soient également mises en application en Afrique du Nord ».

De plus, l'article 2 du décret prévoit que des cotisations seront versées par l'Algérie, la Tunisie et le Maroc au fonds de garantie institué par l'article 5 du décret du 14 juin 1938, pour couvrir les risques nouveaux assurés par ce fonds.

La Tunisie et le Maroc étant des pays de protectorat, seuls les pouvoirs législatifs de ces pays sont compétents pour prendre les décisions que nous venons d'énumérer.

Le système du financement des marchés de travaux publics se développe donc normalement et méthodiquement.

Nous ne terminerons pas l'exposé de cette législation récente sur le financement des marchés sans parler d'un décret qui a donné au Trésor « la faculté d'effectuer les paiements pour acomptes ou pour soldes au moyen d'effets sur le Trésor » et cela pour prévenir, « au cours d'une période de commandes accrues, les décaissements massifs de la Trésorerie » (16).

Pour que le décret du 29 septembre 1938 trouve son application, une clause spéciale devra être insérée dans le marché, clause prévoyant la possibilité

(16) Décret du 29 septembre 1938. *J. O.*, 30 sept., p. 11379.

de paiements par traites. Le comptable chargé d'effectuer le paiement devra, avant de délivrer les effets, s'assurer de la régularité des pièces produites et de l'absence d'oppositions. Ces effets seront établis à 90 jours d'échéance à compter de la date de souscription. Ils sont transmissibles par endossement.

L'entrepreneur bénéficiaire d'un de ces effets pourra le présenter à l'escompte « dans un établissement de crédit ou le remettre à la Caisse Nationale des Marchés en vue de l'octroi ou de la garantie de crédits » (art. 2).

Les oppositions, significations de cessions resteront sans effets si elles interviennent après que le comptable aura délivré l'effet au bénéficiaire de la créance (art. 4).

Le nouveau décret témoigne des difficultés financières de l'Etat. — Les entrepreneurs qui seront réglés avec des effets de ce genre mobiliseront leurs créances afin d'alimenter leur trésorerie et de financer leurs travaux. Le papier ainsi créé absorbera les disponibilités du marché, accaparera l'argent à court terme et à moyen terme, augmentera (il est permis de le craindre) la circulation monétaire par le jeu du réescompte. Cette circulation de papier tiré sur le Trésor, si elle venait à être par trop intense, pourrait faire courir un réel danger à la monnaie.

Appréciation sur la Réforme faite
et Conclusion

CONCLUSION

Peut-on, après deux ans d'existence, porter un jugement sur l'organisme créé par la loi du 19 août 1936 ?

Cela paraît bien difficile, ou du moins bien audacieux, car, ainsi que nous le disions plus haut, la Caisse en est encore à ses débuts ; la période de tâtonnements n'est pas complètement terminée ; nous croyons que les services rendus ont été appréciables, mais l'avenir doit permettre des réalisations plus importantes encore.

Le but principal recherché par le législateur de 1936 semble avoir été atteint : soulager les trésoreries des entreprises travaillant pour le compte des Administrations, en facilitant le financement des marchés de travaux publics. On peut attendre de bons résultats de la nouvelle organisation du règlement des acomptes. Quant au principe lui-même des effets avalisés ou acceptés par la Caisse, il s'intègre parfaitement dans le cadre de notre système commercial.

Les établissements de crédit ont été appelés à escompter du papier avalisé ou accepté par la Caisse. Ils ont répondu, dans la limite de leurs possibilités,

aux demandes de leur clientèle, et ont contribué donc à la réalisation du plan conçu par le législateur. Il faut cependant remarquer que, les disponibilités des banques étant limitées, l'existence de ce papier peut tendre à accaparer les capitaux à court terme au détriment du commerce et de l'industrie privés. Bien que le papier tiré sur la Caisse soit de première catégorie, il se peut que les grandes banques n'aient pas eu convenance à répondre aux demandes de quelques clients, par souci de conserver à leur trésorerie toute la liquidité nécessaire (et cela spécialement en période de crise économique ou internationale). En général cependant, les entrepreneurs ont trouvé facilement à faire escompter le papier garanti par la Caisse.

La Caisse a-t-elle été appelée souvent à donner sa garantie sous forme d'aval ou d'acceptation ? Dans les débuts, nous ne le croyons pas, et cela se justifie par la nécessité d'organisation et d'adaptation.

Au mois d'avril 1938, on estimait que depuis le 1^{er} juin 1937, début du fonctionnement de la Caisse, environ 350 dossiers avaient été étudiés. La Caisse s'était engagée pour environ 200 millions tant par voie d'aval (130 millions) que par voie d'acceptation (70 millions). Le montant des engagements était très variable suivant chaque dossier : certains ne s'élevaient qu'à 25.000 francs, tandis que d'autres étaient de 4 à 5 millions.

Actuellement, il semble que certaines difficultés enrayent encore le fonctionnement normal de ce système de financement.

Les entrepreneurs se sont plaints assez vivement de la lenteur des réponses de la Caisse. Ils formulent leur critique en ces termes :

« A quoi bon perdre son temps à constituer un volumineux dossier et risquer d'attendre cinq ou six mois pour connaître la réponse de la Caisse Nationale, alors que notre trésorerie ne peut guère attendre plus de quinze à vingt jours ! »

Cette critique est parfaitement fondée dans certains cas. Elle l'est souvent quand il s'agit de communes, de syndicats de communes, ou d'établissements publics (hôpitaux, hospices, etc.), situés dans des centres éloignés de province. Il est exact, en effet, que l'étude de certains dossiers relatifs à des collectivités locales nécessite parfois six, sept et même huit mois, et qu'au bout de ce long intervalle de temps, la demande soit purement et simplement rejetée par la Caisse. Ces retards proviennent en général de l'enquête administrative qui est faite par les soins de la Caisse sur les deux parties en cause. Cette enquête est rapide en ce qui concerne la situation de l'industriel demandeur, mais peut être fort longue quand il s'agit de celle des collectivités locales. La Caisse ne peut engager sa signature qu'à bon escient et par conséquent doit s'assurer par avance de la solvabilité et de la régularité des paiements du débiteur, ce qui est loin d'être toujours le cas de certaines communes.

Il faut reconnaître que la constitution du fonds de garantie organisé par le décret du 14 juin 1938 vient atténuer grandement les risques courus par la

Caisse ⁽¹⁾. Il n'en reste pas moins vrai que la Caisse doit se livrer à une enquête auprès des Préfectures, du Génie rural, des Trésoreries générales, etc..., pour connaître la situation financière des Administrations débitrices, enquête parfois fort longue en raison des délais que met chacun de ces organismes à donner son avis.

D'ailleurs il arrive souvent qu'une fois en possession de ces renseignements, le Conseil de direction de la Caisse rejette la demande dans la crainte d'une défaillance possible du débiteur.

C'est cette formalité de l'enquête qui explique le fonctionnement parfois défectueux de la Caisse dont se plaignent les demandeurs. Il y a là une lacune à laquelle il convient de porter remède par une meilleure coordination des services de renseignements, des préfectures en particulier, si l'on veut que la Caisse Nationale réponde aux nécessités pour lesquelles elle a été créée.

De plus, certains entrepreneurs se sont plaints de la volumineuse paperasserie qui doit accompagner la demande d'acceptation et d'aval de la Caisse ; il faut cependant reconnaître la nécessité de certaines pièces, telles que l'exemplaire du marché, les bilans des derniers exercices, la constitution du conseil d'administration de la société qui exécute les travaux.

Il ne faut pas oublier à cet égard que le Trésor est très strict quant à la régularité des titres de créances ; les marchés relatifs à ces titres étant donnés en nan-

(1) Voir plus haut.

tissement à la Caisse, celle-ci se doit d'examiner de très près tous les détails, puisque cette pièce constitue la seule garantie.

Une critique beaucoup plus importante a été formulée contre la nouvelle organisation du financement des marchés. On a dit : « La Caisse Nationale des Marchés est un organisme qui permettra à l'Etat de faire de l'inflation d'une façon déguisée ». Les effets mis en circulation sont représentatifs des créances des entrepreneurs contre l'Administration. Ils sont créés à trois mois de vue et renouvelables. Ils sont escomptables auprès des établissements de crédit et réescomptables à la Banque de France. L'émission de ces « traites de travail » tirées sur la Caisse correspond indirectement à une mise en circulation de nouveaux billets de banque, à moins que le marché des capitaux permette l'absorption de ces effets. L'opération serait au fond la même si l'Etat demandait à la Banque de France des avances afin de régler les marchés de travaux publics passés par les différentes Administrations.

Que faut-il penser de cette critique ? Elle est d'importance, on doit la reconnaître.

Tant que les effets de commerce créés par les entrepreneurs et garantis par la Caisse demeurent sur le marché financier, c'est-à-dire dans le portefeuille des établissements de crédit, le danger d'inflation est évité. Mais du jour où le marché des capitaux subit une crise, du jour où la nécessité du réescompte à la Banque de France se fait sentir, de graves diffi-

cultés peuvent apparaître. Ce danger était déjà signalé par M. Maurice Renaud à propos du système organisé en Allemagne, système dont nous avons dit quelques mots plus haut :

« Les conséquences favorables du financement des programmes de travaux, dit M. Renaud, ne pouvaient compenser la charge très lourde que les émissions de traites faisaient peser sur le marché, et l'on ne savait guère dans quelle mesure la politique d'open market adoptée par la Reichsbank pourrait maintenir la liquidité du marché monétaire au cas où une reprise économique se manifesterait, entraînant une augmentation des demandes de crédits aux banques et un accroissement de la circulation des effets de commerce » (2).

Ces remarques très judicieuses pourraient être appliquées de la même façon à l'expérience française.

Cette critique d'inflationnisme déguisé correspondait bien à un danger réel puisque le législateur s'en est fait lui-même l'écho. Nous lisons, en effet, dans le rapport au Président de la République, rapport qui précède le décret du 2 mai 1938 :

« Il convient d'ailleurs de remarquer que les mesures envisagées auront uniquement pour objet de permettre une meilleure utilisation des ressources du marché monétaire, et ne sauraient en aucun cas être considérées comme un procédé d'inflation ; en effet

(2) « Le paiement en titres des dépenses publiques ». Thèse pour le Doctorat en Droit de M. Renaud. Paris, 1937, p. 382.

certaines précautions ont été prises pour éviter le renouvellement abusif des effets auxquels la Caisse aura donné son acceptation ou son aval » (3).

A l'origine, d'après la loi du 19 août 1936, les acceptations étaient données sur des effets à trois mois, renouvelables jusqu'au paiement par l'Etat ou la collectivité traitante. — C'était certainement la porte ouverte à l'inflation.

Le décret du 2 mai 1938 vient remédier à cette lacune :

« En ce qui concerne les marchés de l'Etat, à défaut de complet règlement à leur échéance, les traites peuvent être prorogées ou renouvelées pendant trois mois au plus, sans que leur durée totale puisse excéder six mois » (4).

Quant aux marchés des collectivités et établissements publics, « à défaut du complet règlement à leurs échéances, les traites peuvent être prorogées ou renouvelées sans que leur durée totale puisse excéder neuf mois » (5).

On a donc diminué les risques d'inflation en limitant la durée des traites, en supprimant la possibilité de renouvellements indéterminés.

Le danger n'a cependant été écarté que partiellement. Ainsi que le dit le législateur : « Les mesures de financement ont pour but de permettre une meil-

(3) Décret du 2 mai 1938. Travaux préparatoires.

(4) Décret du 2 mai 1938, alinéa 2.

(5) Décret du 14 juin 1938, art. 2. *J. O.*, 17 juin 1938, p. 6872.

leure utilisation des ressources du marché monétaire ». Il faut donc présumer que ce marché ait des ressources. Que se passerait-il dans le cas où celles-ci viendraient à disparaître ou à s'amenuiser ? Il serait à craindre que les « traites de travail » ne viennent peser lourdement sur le marché financier et indirectement sur la monnaie.

Ne pourrait-on pas conclure avec le Ministre des Finances, M. Marchandau :

« Pour efficaces que puissent être dans les conditions actuelles les mesures prises par le présent texte (décret du 2 mai 1938), il n'en demeure pas moins que les difficultés de trésorerie des entreprises ne seront réellement écartées qu'après une reprise économique saine, qui, stabilisant les conditions de l'économie française, permettra le rétablissement des prévisions à longue échéance, rétablira les marges de profit, facilitera les reconstitutions de capitaux qui, désormais, désireux de s'investir et y trouvant avantage, non seulement assureront la vie financière des entreprises, mais les inciteront à étendre leur domaine d'activité » (6).

Pour nous, nous croyons que la meilleure façon de porter remède aux difficultés de trésorerie des entreprises traitant avec les Administrations, serait, de la part de ces Administrations, de se remettre à payer ponctuellement les travaux commandés et exécutés. Il est indispensable que l'Etat et les Administrations reviennent à des règles de gestion plus sages.

(6) Décret du 2 juin 1938. Travaux préparatoires.

Il faudra, à l'avenir, équilibrer recettes et dépenses, payer ce qui est commandé, et ne commander que ce que l'on prévoit pouvoir payer. C'est là seulement que l'on trouvera la solution aux difficultés actuelles.

Vu et approuvé :

Lyon, le 16 Décembre 1938.

LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE,

M. NICOLAS.

Vu et approuvé :

Lyon, le 16 Décembre 1938.

LE DOYEN

DE LA

FACULTÉ DE DROIT,

P. GARRAUD.

Vu et permis d'imprimer :

Lyon, le 17 Décembre 1938.

LE RECTEUR, PRÉSIDENT DU CONSEIL DE L'UNIVERSITÉ

A. LIRONDELLE.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

- G. JÈZE. — Les principes généraux du droit administratif. — In-8, Paris 1934.
- J. ESCARRA (avec la collaboration de Edouard ESCARRA et Jean RAULT). — Principes de droit commercial, t. VI, Librairie du Rec. Sirey, 1937.
- PLANIOL et RIPERT. — Traité de Droit civil. — In-8, Paris 1925-1934.
- H. BERTHÉLEMY. — Traité élémentaire de droit administratif, 12^e éd. — In-8, Paris 1930.
- L. COURCELLE. — Traité administratif des travaux publics. — In-8, Paris 1927-1937.

Ouvrages spéciaux

- E. DERODE. — Les délégations de marchés (Les études pratiques de droit commercial, 3^e année, n^o 2). — Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris.
- M. RENAUD. — Le paiement en titres des dépenses publiques. — *Thèse pour le doctorat en droit*, Paris 1937.
- Ph. FARGEAUD. — Le financement des marchés de l'Etat et des collectivités publiques. — Administration du *Journal des Notaires et des Avocats*, 6, rue Mézières, Paris 1937.

- A. GAUTIER et F. JOUVE. — *Traité pratique du marché des Travaux publics.* — Paris 1881.
- J. MONTMERLE. — *Situation juridique de l'entrepreneur de travaux publics soumis au C. C. G. de l'Administration des Ponts et Chaussées.* — *Thèse Paris*, 1931.

Périodiques. — Revues. — Recueils.

- Annales du Syndicat des Entrepreneurs de Travaux publics.*
- Rapport* de M. H. ARDANT, représentant l'Union syndicale des banquiers de Paris et de Province au Conseil national économique le 12 décembre 1936 (U. B., 22 février 1937).
- Instructions générales de l'Enregistrement.*
- Annales des Ponts et Chaussées.* — Dumas, Paris.
- Lois Nouvelles.*
- Revue politique et parlementaire.*
- Journal des Finances.*
- Articles de M. LAUFENBÜRGER parus dans la *Revue d'Economie Politique.*

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	5
PREMIERE PARTIE. — <i>Du rôle des Etablissements de crédit garantissant les entrepreneurs auprès de l'Administration</i>	
<i>Chapitre I.</i> — Aptitudes des entrepreneurs à soumissionner	11
1° Du certificat de capacité	12
2° Du cautionnement provisoire	15
<i>Chapitre II.</i> — Du cautionnement définitif	23
1° De l'approbation du marché	23
2° Du cautionnement définitif	25
— constitution du cautionnement.	
— législation antérieure au décret du 12 décembre 1936.	
— système du décret du 12 décembre 1936.	
<i>Chapitre III.</i> — Paiements d'acomptes	39
Retenues de garantie.	
1° Paiements d'acomptes	40
2° Retenues de garantie	43
<i>Chapitre IV.</i> — Difficultés nouvelles. — Législation récente sur les acomptes	49
DEUXIEME PARTIE. — <i>Du financement des Marchés par les Etablissements de Crédit</i>	
	55

<i>Chapitre I. — Les garanties possibles en Droit commun</i>	61
1° Différents procédés possibles	62
— cession de créance.	
— escompte de traites.	
— paiement par subrogation.	
— la délégation de l'art. 1275 C. C.	
2° Le seul procédé employé dans la pratique.	65
— les textes	65
— conditions de fond et de forme	65
l'acte de nantissement.	
signification.	
remise du titre.	
— valeur de la garantie.	
<i>Chapitre II. — Le décret-loi du 30 octobre 1935.</i>	81
1° Conditions d'application du nouveau régime	82
— portée du décret.	
— la clause spéciale.	
— désignation du comptable, exemplaire unique.	
2° Conditions relatives au nantissement lui-même	86
— conditions de forme et de fond.	
— signification.	
— dépossession du titre.	
3° Les privilèges	94
4° Appréciation sur le nouveau régime	94
— paiements	95
— cessions, subrogations	98
— droit de contrôle du créancier nanti	102
— quelques remarques	103
 <i>TROISIEME PARTIE. — La Caisse Nationale des Marchés et les Etablissements de Crédit...</i>	 113
Préambule	115

<i>Chapitre I.</i> — Les traites de Travail en Droit allemand	119
<i>Chapitre II.</i> — La Caisse Nationale des Marchés : sa création, son organisation	127
<i>Chapitre III.</i> — Les opérations de la Caisse	135
1° Aval	136
2° Acceptation	139
Le dossier qui doit être constitué	142
<i>Chapitre IV.</i> — Champ d'application de la nouvelle législation	147
<i>Chapitre V.</i> — Législation complémentaire	151
CRITIQUES GÉNÉRALES. — CONCLUSIONS	161
BIBLIOGRAPHIE	173

ADDENDUM

Tandis que notre exposé était déjà sous presses, une étude très complète paraissait sous la signature de M. Louis Sipièrre, traitant « des privilèges de Pluviôse An II et de Posen en matière de travaux publics ».

Nous croyons utile de signaler cet ouvrage qui réunit à la fois les textes de lois, la jurisprudence et les opinions de la doctrine en la matière.

M. Sipièrre traite de différentes questions : bénéficiaires des privilèges, conditions à remplir... — Dans un chapitre spécial, l'auteur étudie les droits des privilégiés de Posen et de Pluviôse en face d'un entrepreneur failli, ou d'un entrepreneur qui a réclamé le bénéfice du décret-loi du 25 avril 1937 sur le règlement amiable homologué.

Nous avons traité quelques-unes de ces questions dans notre exposé (p. 75 et suivantes). Nous avons vu que le banquier qui avait obtenu la délégation d'un marché avec le bénéfice du décret du 30 octobre 1935, était primé dans ses droits par les créanciers de Pluviôse et de Posen.

Pour la question des droits des créanciers privilégiés

giés en cas de liquidation, faillite ou de règlement amiable homologué, nous renvoyons à l'ouvrage de M. Sipièrre. Nous nous contenterons de donner ici quelques extraits, afin de compléter notre travail, à l'intention de tous ceux qui s'intéressent, de près ou de loin, à l'important problème des marchés de travaux et de fournitures.

Au sujet du privilège de Pluviôse An II, M. Sipièrre remarque que son exercice et son efficacité ne sont, en principe, soumis à aucun délai ni aucune formalité (Sarrut, D. P., 1900, 2, 145. — Notes 1-16) sauf l'agrément prescrit par le décret-loi du 30 octobre 1935. Il n'est pas nécessaire qu'une saisie-arrêt soit effectuée (Bordeaux, 23 juillet 1896).

« Il faut reconnaître cependant que l'utilité pratique de la saisie-arrêt pour les créances privilégiées est incontestable. » (M. Sipièrre, p. 43.)

Les bénéficiaires du privilège de Pluviôse peuvent former sur les acomptes mis en paiement des saisie-arrêts ou oppositions à l'exclusion des créances particulières. Il n'en est pas de même pour les sommes qui forment la retenue de garantie et qui restent dues après la réception des travaux : ces sommes sont saisissables non seulement par les ouvriers et fournisseurs, mais encore par les créanciers particuliers.

La Cour de Cassation et la majorité des auteurs se sont prononcés contre l'application du privilège de Pluviôse An II au cautionnement et aux sommes dont les collectivités peuvent se trouver detentrices

à titre de dépôt. (Req. 3 juillet 1845. — Bordeaux, 21 nov. 1848. Sirey, 49, 1, 747.) — Il en est autrement pour le décret de Posen.

Le privilège de Pluviôse est établi en faveur des ouvriers, qui sont employés par l'entrepreneur, des fournisseurs de l'entreprise et des sous-traitants agréés. Le privilège n'impliquant aucun droit de suite, il faut que les fonds soient encore dus à l'entrepreneur, et aux mains des débiteurs ou de la caisse publique. Dès que les sommes sont sorties normalement de ces caisses, avant que le privilège ait été réclamé, ce privilège est perdu. (Bordeaux, 29 mai 1895. D. P., 1900, 2, 145. — M. Sipièrre, p. 41.)

Le privilège des fournisseurs peut être réclamé aussi par le bailleur de fonds qui a fait des avances pour les travaux ou fournitures, mais il faut pour cela qu'il soit porteur de l'état des journées et du compte des fournitures payées directement par lui ou par ses agents de ses propres deniers : il ne lui suffirait pas de justifier qu'il a prêté cette somme à l'entrepreneur. (Cons. d'Etat, 23 mars 1813. J. G. Trav. Publics, 657.)

Quant à celui qui a fourni les fonds du cautionnement déposé par l'entrepreneur, il possède un privilège, qui vient immédiatement après le privilège de l'Administration. Le bailleur de fonds est primé cependant par les créanciers d'indemnités pour faits de charges, ce qui est le but même du dépôt du cautionnement. C'est pourquoi le privilège du bailleur de fonds pour le cautionnement est appelé : « privilège de second ordre ».

Le privilège de Posen est établi en faveur des sous-traitants (préposés ou agents) des fournisseurs du service de la guerre (*cf.* notre ouvrage p. 75 à 77).

Le privilège des sous-traitants de l'entrepreneur de travaux effectués pour l'armée ne s'applique qu'aux marchés de fournitures et ne saurait être étendu aux marchés de travaux, même si, avec la main-d'œuvre, il a été fourni des matériaux. — Le privilège de Posen ne garantit que les créances de fournitures, et non celles nées de l'exécution des travaux. (Civ., 4 mars 1889. — D. P., 89, 1, 427 ; Aubry et Rau, t. 3, § 263 *bis*, p. 334, note 82.)

Le privilège de Posen frappe notamment :

- les sommes dues pour fournitures ;
- les sommes dues à raison d'entreprises autres que celles à laquelle le sous-traitant a participé ; ou les indemnités dues à titre de dommages-intérêts. (Paris, 16 mars 1866, D. P., 66, 2, 76) ;
- le fonds de garantie et le cautionnement fourni par l'entrepreneur principal (Paris, 31 juillet 1810. R. 526) (18 déc. 1885, D. P., 87, 2, 42) ;
- le cautionnement sur lequel il prime le privilège de second ordre du bailleur de fonds (Angers, 23 juillet 1850, D. P., 50, 2, 86).

M. Sipièrre étudie dans un chapitre spécial la situation des privilèges de Pluviôse et de Posen en cas de liquidation judiciaire ou de faillite de l'entrepreneur, et dans le cas où celui-ci a demandé et obtenu le bénéfice du décret-loi du 25 avril 1937.

En cas de liquidation judiciaire ou de faillite, les ouvriers, fournisseurs, sous-traitants conservent leur privilège, mais deux conditions doivent être réunies pour que ce privilège puisse être exercé :

— il faut que les fonds soient encore entre les mains de l'administration débitrice, les privilèges de Pluviôse et de Posen ne comportant pas de droit de suite ;

— il ne faut pas que les créanciers privilégiés aient voté le concordat : « Tout fournisseur ou sous-traitant qui vote un concordat perd le bénéfice de son privilège. Il peut produire à la faillite ou à la liquidation judiciaire, mais doit s'abstenir rigoureusement de voter. » (M. Sipièrre, p. 175.) Le vote rend le privilégié votant « chirographaire ». (Cour de Paris, 6 juin 1935.)

M. Sipièrre ajoute : « Depuis le décret-loi du 30 octobre 1935 rendant l'agrément obligatoire, il appartient aux liquidateurs et syndics de procéder à la vérification des privilèges invoqués. Après l'examen du montant des créances privilégiées et chirographaires, il doit établir le compte du liquidé ou du failli, chantier par chantier. Cette opération lui permettra de déposer son état de créance au greffe, les créanciers étant appelés à en constater éventuellement les résultats. » (p. 228.)

Pour la question du règlement amiable homologué en faveur des débiteurs commerçants ou artisans (décret-loi du 25 avril 1937), nous renvoyons à l'ouvrage de M. Sipièrre (p. 130 à 160). Ce décret donne

au débiteur (qui peut être un fournisseur de l'administration), dans certaines conditions que nous n'exposerons pas ici, la possibilité d'obtenir des délais pour le règlement de ses dettes. Le tribunal de commerce est appelé à statuer sur la demande du débiteur.

« La décision du tribunal de commerce déléguant un de ses juges pour examiner la demande du débiteur entraîne de plein droit au profit de ce dernier pendant la procédure d'homologation, un sursis provisoire à toutes poursuites et mesures d'exécution ainsi qu'à toutes mesures conservatoires qui seraient susceptibles d'empêcher l'exercice normal de la profession, à moins qu'il n'en soit ordonné autrement par le président du tribunal de commerce, sur simple requête. » (Art. 6 du décret-loi du 25 avril 1937.)

La procédure se termine par un règlement qui intervient entre le créancier et le débiteur. Ce règlement est opposable aux créanciers privilégiés de Pluviôse et de Posen, qui peuvent ainsi se voir contraints à accorder des délais à leur débiteur. Le banquier qui bénéficie d'une délégation de marché aux termes du décret-loi du 30 octobre 1935 peut se voir opposer le règlement amiable.

Les créanciers de Pluviôse et de Posen peuvent assister à l'Assemblée des créanciers ordinaires de l'entrepreneur pour soumettre ou formuler leurs observations (art. 10 du décret du 25 avril 1937) sans prendre part au vote. Cette intervention est précieuse pour la sauvegarde de leurs privilèges.

D'ailleurs les privilégiés ont la possibilité de saisir par voie de requête le président du tribunal de commerce s'ils craignent que leurs créances ne soient pas sauvegardées (art. 6 du décret de 1937).

En résumé, en face de la situation créée au profit des débiteurs commerçants et artisans par le décret-loi du 25 avril 1937, les privilégiés de Pluviôse An II et de Posen qui veulent conserver leurs droits, doivent présenter leurs observations à l'assemblée des créanciers. Ils pourront ensuite s'adresser au président du tribunal de commerce par requête pour s'opposer à tout retrait des sommes dues au débiteur et encore aux mains des collectivités.

Nous n'avons pas eu la prétention de résumer l'ouvrage de M. Sipièrre.

Nous ne pouvons que conseiller à ceux que la question intéresse de se reporter à cet ouvrage.



BOSC FRÈRES, M. & L. RIOU

°° °° °° IMPRIMEURS-ÉDITEURS °° °° °°

°° 42, QUAI GAILLETON, 42 °°

°° °° °° °° LYON °° °° °° °°



